

Silvio Rodrigues - Direito Civil

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE DIREITO

1. Noção de direito 3
2. Direito objetivo e direito subjetivo 6
3. Direito público e direito privado 7
4. As fontes do Código Civil brasileiro e de seu precursor, o Código de 1916 10
5. O Código Civil brasileiro 12

6. CAPÍTULO 2

BREVE APANHADO SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

- A Lei de Introdução e seu objeto 15
7. Definição de lei 15
 8. Da vigência da lei 17
 9. Do conhecimento da lei 19
 10. Da aplicação do direito e das lacunas da lei 20
 11. Da interpretação da lei 23
 12. Da eficácia da lei no tempo 26
 13. Da eficácia da lei no espaço 29

LIVRO 1

DAS PESSOAS

CAPÍTULO I

DA PESSOA NATURAL

14. Nota introdutória ao Livro das Pessoas 33
15. Da pessoa natural como sujeito de direitos 33
16. Início e fim da pessoa natural 35
17. Comornentes 37

CAPÍTULO II

DAS INCAPACIDADES

18. Da capacidade de gozo e da capacidade de exercício de direitos 39
19. Sentido protetivo da teoria das incapacidades 39
20. Distinção entre incapacidade absoluta e relativa 40
21. Casos de incapacidade absoluta 42
22. Casos de incapacidade relativa. Distinção entre incapacidade e falta de legitimação 48
23. Proteção que a lei confere aos incapazes 53
24. Fim da menoridade 54
25. Emancipação 55

CAPÍTULO III

DIREITOS DA PERSONALIDADE

| | |
|-----------------------------------------------|----|
| 26. Conceito de direito da personalidade | 61 |
| 27. Fundamentos dos direitos da personalidade | 63 |
| 28. Da proteção aos direitos da personalidade | 65 |
| 29. Dos atos de disposição do próprio corpo | 68 |
| 30. Do tratamento médico | 71 |
| 31. Do direito ao nome | 72 |
| 32. Proteção à palavra e à imagem | 73 |
| 33. Proteção à intimidade | 75 |

CAPÍTULO IV DA AUSÊNCIA

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 34. Propositura do problema | 77 |
| 35. Da curadoria de ausentes | 78 |
| 36. Da sucessão provisória | 79 |
| 37. Da sucessão definitiva | 81 |
| 38. Limites, para efeito matrimonial, à presunção de morte do ausente | 82 |

CAPÍTULO V DAS PESSOAS JURÍDICAS

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 39. Nota introdutória ao título "Das Pessoas jurídicas" | 85 |
| 40. Propositura do problema e tentativa de conceituar as pessoas jurídicas | 85 |
| 41. Sua origem e natureza jurídica | 86 |
| 42. Classificação das pessoas jurídicas | 90 |
| 43. Dos requisitos para a existência legal das pessoas jurídicas | 91 |
| 44. Da capacidade e representação das pessoas jurídicas | 93 |
| 45. Da responsabilidade das pessoas jurídicas | 94 |
| 46. Eventual possibilidade de desprezar-se a personalidade jurídica. Disregard theory | 96 |
| 47. Da extinção das pessoas jurídicas | 97 |
| 48. Das fundações | 98 |

49. CAPÍTULO VI DO DOMICÍLIO

Conceito. Fim e importância da noção de domicílio. Definição. Idéia de residência e distinção da de domicílio. Problema da pluralidade de domicílios

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 50. Espécies de domicílio: domicílio voluntário, legal e de eleição | 106 |
| 51. Caracterização do domicílio de eleição | 107 |
| 52. Domicílio voluntário da pessoa natural. Pessoa com mais de um domicílio, pessoa sem domicílio, ou o problema do domicílio ocasional | 108 |
| 53. Domicílio necessário da pessoa natural | 108 |
| 54. Domicílio da pessoa jurídica de direito público | 109 |
| 55. Domicílio da pessoa jurídica de direito privado | 111 |
| 56. Domicílio da pessoa jurídica estrangeira | 112 |

LIVRO II DOS BENS

CAPÍTULO I

DO OBJETO DO DIREITO. BENS. PATRIMÔNIO

57. Conceito de "bens". Distinção entre coisas e bens 115
58. Noção de patrimônio 116
59. Classificação dos bens. Conteúdo do Livro II da Parte Geral do Código Civil 118

Capítulo II

DOS BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS

60. Bens imóveis, definição e classificação 121
61. Imóveis por sua natureza 122
62. Imóveis por acessão 123
63. Imóveis por acessão intelectual ou destinação do proprietário 124
82.
64. Bens imóveis por definição da lei 125 83.
65. Bens móveis, definição. Bens móveis por sua natureza e por84.
definição da lei 126 85.
66. Importância da distinção entre bens móveis e imóveis 127
67. Coisas fungíveis e não fungíveis 128
68. Coisas consumíveis e não consumíveis 129
69. Coisas divisíveis e indivisíveis 130
70. Coisas singulares e coletivas 132

CAPÍTULO III 86.

DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS 88.

71. Introdução 137 89.
72. Distinção entre acessório e principal. Análise da regra de que o acessório segue o principal 138
73. Definição de frutos e análise de suas espécies. Produtos. Rendimentos 140
74. Benfeitorias. Conceito e espécies 141 90.
75. Influência do critério do valor na caracterização das benfeitorias 142
91.

CAPÍTULO IV 93.

DOS BENS PÚBLICOS E PARTICULARES

- Introdução 145
77. Definição dos bens públicos e dos particulares 145
78. Classificação dos bens públicos segundo o seu destino 145 94.

CAPÍTULO V 95.

DAS COISAS QUE ESTÃO FORA DO COMÉRCIO 96.

79. Definição da lei 149 97.
80. Coisas insuscetíveis de apropriação: A) bens não econômicos; 98.
B) coisas da sociedade 150 99.
81. Coisas legalmente inalienáveis: A) por determinação da lei; 100.
B) em virtude da vontade do homem 150 101.

| | |
|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Livro III | |
| CAPÍTULO I | |
| DOS FATOS JURÍDICOS | |
| 82 | Introdução 155 |
| 83 | Classificação dos fatos jurídicos 156 |
| 84 | Matéria tratada no Livro III do Código de 1916 159 |
| 85 | Disposições preliminares que precedem o Título I do Livro III do Código Civil de 1916: |
| | A) aquisição dos direitos; B) defesa |
| | judicial dos direitos; C) perecimento dos direitos 160 |

| | |
|------------------|--------------------------------------------------------|
| CAPÍTULO II | |
| DA REPRESENTAÇÃO | |
| 86 | Inovação 165 |
| 87 | Poderes derivados de representação 165 |
| 88 | Regras básicas sobre a representação 16,5 |
| 89 | Atos praticados contra o interesse do representado 167 |

| | |
|---------------------|--------------------------------------------------------|
| CAPÍTULO III | |
| DO NEGÓCIO JURÍDICO | |
| 90 | Definição 169 |
| 91 | Elementos constitutivos e pressupostos de validade 171 |
| 92 | O art. 112 do Código Civil 177 |
| 93 | Classificação dos negócios jurídicos 178 |

| | |
|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| CAPÍTULO IV | |
| DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO | |
| 94 | Nota introdutória ao capítulo sobre os defeitos do negócio jurídico 181 |
| 95 | Caracterização e distinção entre os vários defeitos: vícios da vontade e vícios sociais 182 |
| 96 | Vícios do consentimento 184 |
| 97 | Disparidade entre a vontade real e a declaração 184 |
| 98 | O erro. Pressupostos para que torne anulável o ato jurídico 187 |
| 99 | Erro substancial 188 |
| 100 | Erro escusável 190 |
| 101 | Erro conhecido ou reconhecível pelo outro contratante 191 |
| 102. | Transmissão errônea da vontade por instrumento ou nuncio 192 |
| 103. | O falso motivo 193 |
| 104. | O dolo, sua distinção do erro 194 |
| 105. | Dolo principal e dolo acidental 195 |
| 106. | O dolus bouus e o dolus malus 196 |
| 107. | O dolo por omissão 197 |
| 108. | O dolo de ambas as partes 199 |
| 109. | A coação. Conceito e disciplina jurídica 199 |
| 110. | Pressupostos para que se caracterize o vício 201 |
| 111. | A coação deve ser causa do ato 202 |
| 112. | A ameaça deve ser grave 203 |
| 113. | O temor reverencial 205 |

| | | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|
| 114. | A ameaça deve ser injusta | 208 | |
| 115. | A ameaça deve ser de um mal iminente | | 210 |
| 116. | Conteúdo da ameaça: sobre quem deve recair, e o problema da intensidade de suas conseqüências | 211 | |
| 117. | A coação provinda de terceiros | 215 | |
| 118. | Do estado de perigo | 217 | |
| 119. | Da lesão | 223 | |
| 120. | A fraude contra credores. Conceito e idéia de ação revocatória | | 228 |
| 121. | Atos de transmissão gratuita e de remissão de dívidas | | 230 |
| 122. | Atos de transmissão onerosa | 231 | |
| 123. | A fraude ainda não ultimada | 233 | |
| 124. | O pagamento antecipado de dívidas | | 234 |
| 125. | Outorga fraudulenta de garantias | 234 | |
| 126. | Legitimação ativa e passiva para a ação pauliana | | 236 |

127. CAPÍTULO V DA CONDIÇÃO, DO TERMO E DO ENCARGO

| | | | |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|
| Introdução | 239 | | |
| 128. | A condição. Conceito | 240 | |
| 129. | Negócios que não admitem condição | | 242 |
| 130. | Espécies de condição: A) condição casual, potestativa e mista; B) as condições impossíveis; C) a condição suspensiva; D) a condição resolutiva | | |
| 131. | A condição maliciosamente obstada ou provocada pelo interessado | | 252 |
| 132. | O problema da retroatividade das condições | | 253 |
| 133. | O termo | 255 | |
| 134. | O prazo e as regras a ele relativas | | 257 |
| 135. | O encargo | 259 | |

CAPÍTULO VI DA FORMA DOS ATOS JURÍDICOS E DA SUA PROVA

| | | | |
|------|---------------------------------------------------------------------------------|-----|-----------------------------------|
| 136. | Introdução | 261 | |
| 137. | A forma dos atos jurídicos | 262 | |
| 138. | A finalidade da forma dos atos jurídicos | | 264 |
| 139. | Efeitos da desobediência à forma prescrita solenitatem e ad probatim tantum ... | 265 | 140. Distinção entre as formas ad |
| 141. | Prova, conceito, utilidade | 266 | |
| 142. | Prova dos atos solenes | 267 | |
| 143. | A escritura pública | 268 | |
| 144. | O instrumento particular | 270 | |
| 145. | A prova dos atos de forma livre | 271 | |

CAPÍTULO VII DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

| | | | |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|
| 146. | Nota introdutória ao capítulo da invalidade do negócio jurídico | | 283 |
| 147. | Conceito | 283 | |
| 148. | Distinção entre nulidade relativa e absoluta: A) quanto aos efeitos; B) quanto à pessoa que as pode alegar; C) quanto à ratificação; D) quanto à prescritibilidade | | |

| | | |
|------|----------------------------------------------|-------|
| 284 | | |
| 149. | O problema da inexistência | 290 |
| 150. | Casos de nulidade absoluta | 292 |
| 151. | A simulação. Conceito e hipóteses | 294 |
| 152. | Casos de anulabilidade | 302 I |
| 153. | Proteção ao menor púbere | 302 |
| 154. | Exceções à regra de proteção ao menor púbere | 303 |
| 155. | A nulidade parcial | 304 |
| 156. | Efeitos da nulidade | 305 |

CAPÍTULO VIII DOS ATOS ILÍCITOS

| | | |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 157. | Introdução | 307 |
| 158. | Conceito de ato ilícito. Responsabilidade contratual e extracontratual | 308 |
| 159. | Pressupostos da responsabilidade aquiliana: A) ação ou omis são do agente; B) relação de causalidade; C) existência de dano; D) dolo ou culpa do agente | 309 |
| 160. | A exclusão da responsabilidade. Culpa da vítima, concorrência de culpa, caso fortuito ou de força maior | 313 |
| 161. | Tendência de evolução na teoria da responsabilidade civil. Risco | 315 |
| 162. | Responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro | 318 |
| 163. | Atos causadores de dano não considerados ilícitos | 318 |
| 164. | A legítima defesa | 318 |
| 165. | O abuso de direito | 319 |
| 166. | Atos praticados em estado de necessidade | 321 |

167. CAPÍTULO IX DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

| | | |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introdução | 323 | |
| 168. | Conceito | 324 |
| 169. | Fundamento | 326 |
| 170. | Requisitos da prescrição | 328 |
| 171. | Diferença entre prescrição e decadência | 329 |
| 172. | Disposições gerais sobre a prescrição: A) renúncia; B) necessidade e momento de ser alegada; C) a prescrição e as pessoas privadas da administração de seus bens | 332 |
| 173. | Diferença entre suspensão e interrupção da prescrição | 335 |
| 174. | Casos em que o curso da prescrição não se inicia ou se suspende | 337 |
| 175. | Da interrupção da prescrição | 339 |
| 176. | Quem alega e a quem alcança a interrupção da prescrição | 344 |
| 177. | A prescrição e a Fazenda Pública | 345 |
| 178. | Prazos de prescrição | 346 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| INDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO | 349 |
|-------------------------------|-----|

#3

CAPÍTULO I
CONCEITO DE DIREITO
SUMÁRIO:

1. Noção de direito.
2. Direito objetivo e direito subjetivo.
3. Direito público e direito privado.
4. As fontes do Código Civil brasileiro e de seu precursor, o Código de 1916.
5. O Código Civil brasileiro.

1. Noção de direito

O direito, ciência social que é, só pode ser imaginado em função do homem vivendo em sociedade. Por

outro lado, não se pode conceber a vida social sem se pressupor a existência de certo número de normas reguladoras das relações entre os homens, por estes mesmos julgadas obrigatórias. Tais normas determinam, de modo mais ou menos intenso, o comportamento do homem no grupo social.

Os etnólogos têm verificado que qualquer agrupamento humano, por mais rudimentar que seja seu estágio de desenvolvimento, possui, a regular a vida grupai, um conjunto de normas que seus componentes encaram como obrigatórias e que disciplinam o comportamento dos indivíduos que o compõem.

Tais normas são acompanhadas de uma sanção. Em sociedades muito primitivas tal sanção parte do próprio indivíduo ofendido e sua reação conta com o beneplácito da comunidade. Assim, em algumas delas, o homicídio confere ao grupo a que pertencia a vítima a prerrogativa de obter satisfação mediante o assassinato do delinqüente ou de outro membro de seu clã. Desse modo, em certas tribos australianas, quando um homem fere outro, a este é facultado pela opinião pública, muitas vezes expressamente

#4

revelada pelos anciões; após tal satisfação, não mais se lhe permite guardar rancor.

A idéia de reparação se confunde com a de vingança, mas contém em si o anseio de punir o infrator.

À medida que as sociedades evoluem e se organizam politicamente, a sanção, em vez de se manifestar pela própria reação do ofendido, parte da autoridade constituída. Esta atribui à norma força coercitiva, impondo, por conseguinte, sua obediência.

E a infração a um preceito cogente provoca uma reação do Poder Público.

As normas vigentes numa sociedade determinada, em um dado momento, podem ter uma eficácia maior ou menor, isto é, podem ser acompanhadas de maior ou menor força coercitiva. Na própria vida cotidiana se observa tal fenômeno. Desse modo, os preceitos de etiqueta são menos intensos que os preceitos de moral; e estes, menos intensos que as normas de direito. Entretanto,

uns e outros apresentam certa força coercitiva, e a desobediência a qualquer deles provoca uma reação da sociedade, que é a safição.

Menos vigorosos do que os outros são os preceitos de etiqueta, porque o fato de desrespeitá-los sujeita o infrator a uma tênue sanção. Com efeito, o indivíduo que não cumprimenta seus semelhantes, que se veste em desacordo com as ocasiões, que infringe todas as regras da boa educação sofre apenas a reprovação não muito rigorosa de seus concidadãos. É que tais normas são de limitada importância para a vida social, e o desrespeito a elas não provoca senão limitada reação do agrupamento humano.

Já mais importantes surgem os mandamentos da moral, e a reação social contra as pessoas que os desprezam revela-se mais severa. A mulher de vida sexual desregrada, o marido que vive em público deboche podem não ser punidos com a prisão ou outra pena, mas não raro são postos à margem da sociedade, não sendo recebidos pelas famílias respeitáveis, nem considerados pela gente de bem. A punição é mais rigorosa do que na hipótese anterior, porque a violação da norma de moral afeta mais diretamente a sociedade.

Outras normas, entretanto, apresentam-se como de alta relevância para a vida social, de sorte que sua obediência se impõe a todos como necessidade fundamental. O Poder Público as faz acompanhar de força coercitiva e sujeita o infrator de tais regras a uma sanção mais

#5

severa. São as normas de direito. Desse modo a lei impõe ao marido a obrigação de manter a família, e, se ele não o faz, podem seus filhos ou sua mulher demandar ao Poder Público que o compila a desincumbir-se de referida obrigação. Sua recusa provocará uma reação do Estado, que se manifestará pela penhora de seus bens, pelo desconto de seus vencimentos, podendo mesmo ir, neste caso especial, à decretação de sua prisão com o propósito de coagi-lo a fornecer a pensão alimentícia'.

Note-se que a sanção parte do próprio Poder Público, interessado no cumprimento da norma jurídica.

De sorte que, entre as várias normas vigentes numa sociedade determinada, algumas vêm acompanhadas de uma sanção oriunda do Poder Público, e estas são as normas de direito, ou, mais precisamente, de direito positivo; às outras, isto é, àquelas normas que orientam o comportamento dos indivíduos, mas despidas de sanção provida do Poder Público, poderemos chamar normas de ordem moral, ou de ordem costumeira'. Ambas têm, provavelmente, a mesma origem, mas a força coercitiva que acompanha as primeiras difere da que acompanha as segundas, de modo que, enquanto aquelas são obrigatórias, estas não o são.

Posta a questão nestes termos, talvez se possa compreender a célebre imagem de Bentham segundo a qual o direito e a moral se apresentariam como dois círculos concêntricos; a moral representada pelo círculo mais amplo, contendo todas as normas reguladoras da vida em sociedade, enquanto o direito seria representado pelo círculo menor, abrangendo tão-só aquelas normas munidas da força coercitiva do Estado. De fato, apenas as normas de direito, e só elas, contêm referida força coercitiva,

pois o Poder Público as considera, com exclusão das outras, convenientes, quando não imprescindíveis, para a vida da sociedade. Muitas normas, antes apenas do âmbito da moral, passaram ao campo do direito pelo fato de o legislador, num momento dado, julgar conveniente atribuir-lhes força coercitiva, impondo uma sanção para a sua desobediência. Assim, por exemplo, no passado era ato

#6

Antes, era altamente meritório o fato de o patrão socorrer seu empregado acidentado. Mas a desobediência a essa regra de moral não provocava qualquer sanção por parte do Estado. Este, entretanto, observando a conveniência de se impor ao patrão a obrigação de socorrer seu serviçal infortunado, criou a norma de direito, impondo como obrigação jurídica aquilo que não passava de mero dever moral. Outro exemplo: no passado agia com humanidade o patrão que, antes de despedir seu empregado, dava-lhe um prazo para procurar nova colocação e, ao romper o contrato de trabalho, fornecia-lhe uma indenização pelos anos de serviços prestados. Talvez isso constituísse um dever de ordem moral, ditado pela preocupação de justiça, mas o descumprimento de tal dever não provocava qualquer sanção por parte do Estado. Parecendo ao legislador conveniente transformar tal preceito da moral em regra de direito, impôs ao patrão o dever de dar aviso prévio e de prestar indenização ao empregado despedido. O descumprimento de tal obrigação, hoje, provoca uma sanção por parte do Estado. A regra de moral transformou-se em regra de direito.

Feita essa pequena introdução, em que se pretendeu mostrar o sentido social do direito, parece ter chegado o momento de apresentar uma definição de direito. A escolhida encontra-se em Ruggiero e Maroi. Dizem eles:

"O direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos".

Tal conceito parece-me excelente, porque focaliza a idéia de norma de ação do homem, vivendo em sociedade, e imposta coercitivamente pela autoridade pública. Entretanto, essa noção encara o problema jurídico apenas sob um dos seus aspectos, isto é, objetivo, e veremos que o direito pode, igualmente, ser visto sob o ângulo subjetivo.

2. Direito objetivo e direito subjetivo

O fenômeno jurídico, embora seja um só, pode ser encarado sob mais de um ângulo. Vendo-o como um conjunto de normas que a todos se dirige e a todos vincula, temos o direito objetivo. É a norma da ação humana, isto é,

#7

o direito subjetivo. Trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, ou seja, da faculdade

de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*.

A Constituição garante o direito de propriedade, e o princípio que o consagra é preceito de direito objetivo. Ele se dirige

indistintamente a todos, como norma objetiva. A prerrogativa que dele decorre, para o titular do domínio, de invocar a norma,

na defesa de seu interesse, é o direito subjetivo do proprietário'.

A norma de direito objetivo determina que será o possuidor garantido em sua posse. Daí decorre, para o indivíduo que se

viu turbado ou esbulhado em sua posse, a prerrogativa de ser nela mantido, ou reintegrado.

De um lado vemos o preceito de

direito objetivo, a norma *agendi*, que se dirige a todos. De outro, encontramos a prerrogativa individual, isto é, a faculdade

conferida ao possuidor de invocar em seu favor e na defesa de seu interesse o preceito geral: *facultas agendi*. Visto sob

o ângulo subjetivo, o direito é o interesse juridicamente protegido (Ihering).

3. Direito público e direito privado

Outra importante classificação é a que distingue o direito público do direito privado.

Direito público é o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade'. De sorte que a ele compete a organização

do Estado (Direito Constitucional); a disciplina de sua atividade na consecução de seus fins políticos e financeiros, cuidando

da hierarquia entre seus órgãos, das relações com seus funcionários etc. (Direito

Administrativo); a distribuição da justiça

(Direito Judiciário); a repressão aos delitos (Direito Penal).

5. Meu eminente colega Luiz Eui. Ai io oE BCEy'U VIDIGAL (Da execução direta das obrigações de prestar declaração de z,ontade,

São Paulo, 1940, n. 17) define com muita sabedoria o direito subjetivo. Depois de

conceituar a idéia de interesse como a

disposição do homem para obter bens a fini de satisfazer suas necessidades, mostra como o direito, através da relação jurídica,

procura regular os conflitos de interesses que nascem entre os indivíduos. A prerrogativa do indivíduo de invocar a lei

na defesa de seu interesse é o direito subjetivo. Ou, na frase lapidar do consagrado

professor: "Direito subjetivo é o poder

atribuído à vontade de alguém para fazer valer o seu interesse, em conflito com o interesse de outro.

#8

Direito privado é o que regula as relações entre os homens, tendo em vista o interesse particular dos indivíduos, ou a ordem

privada'. Ele disciplina as relações humanas que surgem no âmbito familiar; as obrigações que se estabelecem de indivíduo para indivíduo, quer oriundas do contrato, quer derivadas do delito, quer provenientes da lei; os direitos reais sobre coisas próprias, ou seja, o domínio, e os direitos reais sobre coisas alheias, tais como a enfiteuse, o usufruto, as servidões etc.; e ainda as questões que se ligam à transmissão da propriedade causa mortis. Esse é o direito privado. Aliás, poder-se-ia dizer, de maneira mais ampla, que esse é o Direito Civil, pois em certos momentos as expressões se equivaleram". Nesse sentido, de resto, é o entendimento do legislador ao proclamar, no art. 1º do Código Civil de 1916:

"Art. 12 Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações".

Do Direito Civil, e por oferecer características próprias, destacou-se um ramo que foi constituir o Direito Comercial. Tratava-se de normas concernentes a relações que se estabeleciam entre comerciantes, ou entre estes e seus clientes, e que, em virtude da celeridade necessária aos negócios e da imprescindível dispensa da excessiva formalidade, requeriam uma disciplinação diferente'. Daí surgir tal

7. ORLANDO GOMES (Introdução ao direito civil, Rio de Janeiro, 1957, n. 3) observa que ultimamente a divisão entre direito público e direito privado tem sido objeto de fortes críticas. A reação, a seu ver, inspira-se, principalmente, no movimento de renovação do direito, impregnado de essência antiindividualista. "A idéia, hoje dominante, de que o fim do Direito é satisfazer a interesses gerais, mesmo quando assegura poderes individuais, elimina, logicamente, qualquer classificação do direito baseada na qualidade do preceito." Embora aplaudindo a crítica, acha que a classificação oferece vantagem do ponto de vista técnico e didático.

A tendência de absorção do direito privado pelo direito público é considerável e sensível. Aliás, SAVATIER, num pequeno livro famoso (Du droit civil au droit public, 2. ed., Paris, 1950), em que reuniu aulas proferidas no Canadá em 1945, já acentuara tal vocação. Ela se revela nitidamente no aumento das regras de ordem pública, que se multiplicam no campo do direito privado, principalmente no do Direito de Família. Sob esse aspecto a matéria será revivida quando for estudada a natureza jurídica deste ramo do direito privado (v. v. 6).

8. Cf Pi AMU], Traité élénu°ntaire de droit civil, 7. ed., Paris, 1915, v. 1, n. 25.

9. PLAMOL (Traité..., cit., V. 1, n. 27) afirma que o Direito Comercial não é senão um direito de Favor para uso dos comerciantes, destinado a facilitar suas operações e a

#9

ramo do direito privado. A independência, entretanto, não é total, não sendo poucos os que apregoam a unificação do direito

privado`, anseio que foi atendido no Código Civil italiano de 1942, que reuniu, num mesmo corpo, as normas de um e outro ramo do direito privado. Aliás, o novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) demonstra o sucesso de tal orientação, quando aceita um livro sobre o "Direito da Empresa" e acolhe, entre os contratos associativos, a comissão, o contrato de agência e distribuição, o de corretagem e o de transporte, matéria sempre disciplinada entre os institutos de Direito Mercantil.

Ainda do Direito Civil despreendeu-se, há pouco tempo, um outro ramo que se foi constituir em disciplina autônoma. É o Direito do Trabalho.

O Código Civil de 1916, dentro do capítulo relativo ao contrato de locação, continha uma seção referente à locação de serviços.

Compunham-na vinte e um artigos. Todavia a importância de tal matéria, ademais realçada numa época de revalorização do trabalho humano, atraiu a atenção do legislador, que compreendeu a necessidade de disciplinar mais miudamente as relações entre empregado e empregador. Daí o aparecimento, entre nós, de numerosas leis sobre o assunto, posteriormente coordenadas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre a natureza jurídica desse novo ramo do direito estabeleceu-se controvérsia. Orlando Gomes" a notícia, apontando quatro correntes de opinião: duas delas opostas, uma classificando o Direito do Trabalho como direito público, outra o entendendo como direito privado; a terceira atribuiu-lhe um caráter misto por se confundirem preceitos das duas espécies; e a derradeira o inclui em nova categoria, que não se confunde com qualquer das outras. Opta referido escritor pela que insere o Direito do Trabalho dentro do direito privado, em virtude de nele preponderarem as regras de interesse individual. Essa a opinião adotada nesta obra.

reprimir as fraudes e abusos de que são vítimas. Os pontos comuns entre os dois ramos são muitos, apenas o Direito Comercial aplica uma regulamentação excepcional a atos por ele subtraídos ao regime do direito comum.

#10

4. As fontes do Código Civil brasileiro e de seu precursor, o Código de 1916

Como este curso pretende seguir, em linha geral, a estrutura do Código Civil brasileiro, convém examinar as fontes de onde ele e seu precursor, o Código de 1916, se inspiraram.

A fonte primordial de nosso Direito Civil é o direito romano. Embora o Código de 1916 tenha colhido grande número de suas soluções nas Ordenações do Reino e nas legislações portuguesa e brasileira anteriores à sua publicação; embora nele se encontre

nítida influência do Código Napoleônico de 1804 e do Código alemão de 1896, aquela primeira asserção não se infirma, pois estes monumentos legislativos se inspiraram, diretamente, na legislação justinianéia². Com efeito, conta Planiol que, quando o Projeto de Código Civil francês foi apresentado pelo Primeiro Cônsul ao Tribunal, a crítica mais séria foi a de ser o Projeto uma cópia servil do direito romano". O Código Civil alemão, por sua vez, surgiu da obra dos pandectistas germânicos, os quais reviveram, naquele país, a legislação latina. É a legislação portuguesa, entretanto, dentre as fontes próximas de nossa legislação, a que exerceu maior influência. Tendo o Brasil vivido como Colônia durante 322 anos, nada mais normal que as nossas tradições jurídicas e as lusitanas sejam comuns.

12. Cf. RESL DAVID:

"La réception du droit romain, en certains pays, a été plus complète, et l'on a parfois été jusqu'à admettre que les règles du droit romain seraient en principe dorénavant appliquées, soit à titre de loi proprement dite, soit comme représentant, suivant une expression consacrée, la raison écrite. En décidant de les appliquer en certaines matières, on a comblé les lacunes des systèmes de droit défectueux et substitué la certitude et la sécurité des relations juridiques aux insuffisances ou aux incohérences des droits primitifs, mal adaptés à une société qui se transformait rapidement. Ce n'est pas dans cette adoption des règles et solutions du droit romain que consiste cependant, dans la réalité, l'essentiel de la réception du droit romain, même si ce terme est souvent employé avec une pareille signification. Ce qui est vraiment essentiel, c'est que, à partir d'un certain moment, ou dans les divers pays reconnus la valeur universelle de la science du droit romain; les classifications, les notions juridiques, les procédés de raisonnement des juristes romains ont paru procéder de la raison humaine, et s'imposer en tous les temps et en tous les pays. La science du droit, dans tous les pays, est devenue la science romaine; tout le droit moderne, que les solutions en soient ou non modifiées, a été ordonné dans les cadres du droit romain"

(Traité élémentaire de droit comparé, Paris, 1950, p. 233).

13. LAJA, IITE RODRIGUES PEREIRA:

"O Código Civil francês, bem como os demais códigos, não são senão a acomodação escrita do Direito Romano à civilização moderna. A decretação desses códigos tirou, é certo, ao Direito Romano a autoridade externa da lei, mas sem embargo, ele conserva uma autoridade talvez maior continua a ser a substância, a regra, o molde do pensamento jurídico moderno" (Ducit> das coisas, 2. ed., Rio de Janeiro, s. d., Prefácio, p. XII).

#11

Após a Independência, a lei de 20 de outubro de 1823 determinou que continuasse a vigorar no Império a legislação do Reino.

Esta, cuja peça maior e estrutural eram as Ordenações Filipinas, acrescidas de leis posteriores, vigeu no Brasil até ser revogada pelo art. 1.807 do Código de 1916. Curioso que seu vigor, no Brasil, ultrapassou sua vigência em seu país de origem, pois ali o Código de 1867 a revogou. Mas o direito português, da mesma forma que o francês e o alemão, também tem, por fonte remota e quase exclusiva, o direito romano.

Na Península Ibérica vigeu, a partir de 506, o Breviário de Alaico, todo ele estribado na legislação romana; e só após a separação de Portugal da Espanha é que foram promulgadas, no novo reino, as Ordenações Afonsinas. Estas, depois substituídas pelas Ordenações Manoelinas, deram lugar, um século mais tarde, em 1603 e estando Portugal sob o jugo espanhol, às Ordenações Filipinas. Como disse, estas constituíram manancial inexaurível, onde se abeberou o legislador pátrio.

Ao lado, e sem que se possa deixar no esquecimento, como fonte de alta importância do Código de 1916, mister se faz a menção à Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas. É documento também de real valor a Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho, terminado em Bruxelas em 1899 e publicado no Porto em 1915. Legislação civil tão antiga, tão complexa e tão esparsa acentuava a necessidade de um código civil. Aliás já a Constituição do Império, de 1824, determinava, em seu art. 179, n. 18, que se organizasse, quanto antes, um código civil fundado na justiça e na equidade.

O primeiro passo, partido da autoridade pública, no sentido de se elaborar tal obra, só se efetivou em 1859, quando foi confiada ao grande Teixeira de Freitas a incumbência de apresentar um projeto. Este, quase um lustro depois, ofereceu o seu célebre Esboço de Código Civil. Tal trabalho, não aproveitado no Brasil, teve ampla repercussão na Argentina, onde constituiu um dos importantes elementos na feitura do Código daquele país. Ainda no Império foi elaborado um outro projeto, de Felício dos Santos, o qual, da mesma maneira, não foi aproveitado.

Na República, sendo Ministro da Justiça Campos Sales, por Decreto de 1890, foi Coelho Rodrigues incumbido de preparar um projeto de Código Civil. Tal projeto, como os demais, não foi tampouco convertido em lei.

#12

Já Presidente da República, Campos Sales designou para elaborar novo projeto, aproveitando tanto quanto possível o de Coelho Rodrigues, o grande Clóvis Beviláqua. No mesmo ano de 1899 o eminente jurisconsulto apresentou seu projeto, o qual, depois de mais de quinze anos de debates, se converteu no Código Civil brasileiro. Promulgado em V de janeiro de 1916, entrou em vigor a 1- de janeiro de 1917.

Sobre o histórico dessa lei, o conteúdo dos projetos que a antecederam, as discussões travadas, a marcha do projeto, quer

no Congresso, quer antes de para ali ser remetido, encontram-se notáveis desenvolvimentos em muitos livros nacionais, tais como nos clássicos comentários de Beviláqua (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 3. ed., Rio de Janeiro, 1927, v. 1), ou nos de Spencer Vampré (Código Civil brasileiro anotado, São Paulo, 1917), ou, ainda, nos de Ferreira Coelho (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1920).

5.O Código Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro, sancionado em 10-1-2002 e publicado em 11-1-2002, deve entrar

em vigor em 2003, pois a vacado legis é de um ano, a contar de sua publicação (art. 2.045). Como o Código anterior, é composto de uma Parte Geral e de uma Parte Especial.

A Parte Geral do Código Civil contém preceitos aplicáveis aos institutos disciplinados na Parte Especial e divide-se em

três Livros. O Livro I cuida da teoria das pessoas, isto é, do sujeito do direito; define a personalidade civil, a capacidade

para o exercício dos direitos, a personalidade jurídica e o domicílio e a ausência. O Livro II trata da classificação dos

bens, isto é, do objeto do direito. E o Livro III, da teoria dos fatos e atos jurídicos, isto é, da relação jurídica.

A Parte Especial do Código de 1916 dividia-se em quatro Livros: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.

O novo Código, de 2002, admitiu um novo livro, Do Direito da Empresa (arts. 966 a 1.195). A presença de tal matéria dentro

da lei civil reflete aquele anseio de unificação do direito privado, nítido da elaboração de Anteprojeto e que explica a

presença do saudoso S ylvio Marcondes na equipe que o elaborou.

Algumas inovações trazidas pelo novo Código serão estudadas em seus respectivos capítulos.

#13

O Código de 1916 foi elaborado no fim do século XIX e cristalizava uma cultura que o tempo, em grande parte, tornou ultrapassada.

Assim sendo, a despeito de sua reconhecida e proclamada excelência, de há muito se cogitava de sua reforma.

A primeira importante tentativa deu-se no início da década de 1940, quando surgiu o Anteprojeto de Código de Obrigações,

da lavra dos grandes juristas Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, e que se circunscreveu à Parte

Geral das Obrigações.

A frustrada tentativa de reforma não impediu o surgimento de numerosas leis que alteraram de maneira fundamental o conteúdo

do Código Civil então vigente. Para deixar o casuísmo, evitando citar todas, lembro, a título de exemplo, a que modificou

os prazos de prescrição (Lei n. 2.437, de 7-3-1955); a que alterou o instituto da adoção (Lei n. 3.133, de 8-5-1957); a

que possibilitou o reconhecimento dos filhos adulterinos (Lei n. 883, de 21-10-1949); e, entre as duas mais importantes, por repercutirem em um maior número de dispositivos, a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, e a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, além de instituir o divórcio no Brasil, trouxe profundas modificações no direito de família e no direito sucessório deste País. A segunda tentativa de reforma do Código ocorreu no começo da década de 1960 e se apresentou por meio dos anteprojetos dos eminentes civilistas Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, este encarregando-se de projetar a matéria de obrigações, ficando o restante da matéria civil a cargo daquele ilustre mestre baiano. A grande inovação do plano, aliás, duramente combatida, foi a supressão da Parte Geral do Código Civil. De qualquer maneira, o trabalho desses ilustres professores, ao depois revisto com a colaboração de outros juristas, inclusive com a do saudoso Orozimbo Nonato, encontra-se no Projeto de Código Civil e no Projeto do Código de Obrigações, ambos de 1965. Tais projetos não só honram seus autores, como também dignificam a cultura jurídica brasileira. já então não eram poucos os opositores a uma reforma integral do Código Civil, e uma opinião muito difundida, da qual este expositor participava, era a de que as excelentes inovações, trazidas pelos projetos, poderiam ser introduzidas em nossa legislação, e mesmo nos quadros do Código Civil, sem sacrifício de sua estrutura e sem se proceder à derrubada daquele imponente edifício erguido pelo talento pátrio.

#14

Levando em consideração manifestações anteriores do seu ilustre supervisor, talvez tenha sido com tal intuito que se reuniu, em 1969, a Comissão nomeada pelo Ministro da justiça para rever o Código Civil. Entretanto, é possível que razões várias, entre outras as de caráter técnico e científico, tenham conduzido a mesma Comissão a preferir elaborar um novo Código, em vez de emendar o antigo. Daí o surgimento do Anteprojeto de Código Civil, da lavra dos Profs. José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro que, sob a supervisão do sábio Miguel Reale, apresentaram, em 1972, o seu monumental trabalho. Depois de receber muitas emendas foi publicada, em 1973, a 2ª edição revisada do Anteprojeto e, mais tarde, após nova revisão e numerosíssimas modificações, foi elaborado o definitivo Projeto do Código Civil, que, apresentado ao Poder Executivo, foi por este enviado, pela Mensagem n. 160 / 75, ao Congresso Nacional, onde se transformou no Projeto de Lei n. 634, de 1975. Depois de alguns anos de debates na Câmara dos Deputados, a matéria foi aprovada e transformada no Projeto de Lei n. 634-B,

conforme publicação no Diário do Congresso Nacional de 17 de maio de 1984 (Suplemento ao n. 47).

Tal projeto, que na Câmara fora minuciosamente revisto, inclusive para nele se inserirem as profundas modificações trazidas pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26-12-1977), teve o seu andamento sustado por uma razão de inescandível prudência.

É que mister se fazia esperar a publicação de nova Constituição da República Federativa do Brasil, para cuja feitura já se havia prometido convocar a respectiva Assembléia Constituinte.

Enviado o projeto ao Senado, teve ele seu andamento sustado, entre outras razões, por estar iminente a elaboração da nova

Constituição, que foi aprovada em 5 de outubro de 1988. Esta Constituição, entre outras modificações, trouxe verdadeira

revolução dentro do quadro do Direito de Família, dando proteção à família surgida fora do casamento, proclamando a igualdade

dos cônjuges dentro do lar e equiparando para todos os efeitos os direitos e obrigações do homem e da mulher; pôs termo

à velha questão da filiação, igualando os filhos de qualquer natureza; ampliou enormemente as hipóteses do divórcio. Essas

matérias serão estudadas em seus respectivos capítulos.

#15

CAPÍTULO 2

BREVE APANHADO SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL 14

SUMÁRIO:

6. A Lei de Introdução e seu objeto.
7. Definição de lei.
8. Da vigência da lei.
9. Do conhecimento da lei.
10. Da aplicação do direito e das lacunas da lei.
11. Da interpretação da lei.
12. Da eficácia da lei no tempo.
13. Da eficácia da lei no espaço.

6. A Lei de Introdução e seu objeto - O Decreto-Lei n. 4.657/42 revogou a primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, promulgada simultaneamente com o Código Civil, substituindo-a em todo o seu conteúdo, uma vez que modificou numerosos princípios básicos que tinham inspirado o legislador de 1916.

O tema central da Lei de Introdução ao Código Civil é a própria lei. Aí se cuida da vigência da lei e de sua revogação;

da impossibilidade de alegar-se a sua ignorância; da aplicação da lei e de suas lacunas; da interpretação da lei e de sua eficácia no tempo e no espaço.

7. Definição de lei

Lei é uma regra geral que, emanando de autoridade competente, é imposta, coativamente, à obediência

de todos". Trata-se, portanto, de um preceito, vindo da autoridade compe

14. Neste capítulo procura-se apenas apontar os principais problemas disciplinados pela Lei de Introdução ao Código Civil.

Isso porque, como a matéria ali versada constitui o cerne da Cadeira de Introdução à Ciência do Direito, é nesta disciplina,

mais do que na de Direito Civil, que tal assunto deve ser desenvolvido. Como, entretanto, muitas dentre as noções a seguir

expostas tornam-se indispensáveis para o entendimento das lições posteriores, e como, também, haveria um vazio no curso

da exposição se fossem omitidas quaisquer discussões sobre esse tema, inclui-se o presente capítulo, que nada pretende senão

apresentar algumas idéias gerais.

15. A definição é de Clóves BEVILÁQUA (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado,

obs. 1 ao art. 1 da Lei de Introdução ao Código Civil).

#16

Competente e dirigido indistintamente a todos, a quem obriga, por razão de sua força coercitiva.

Muitas são as maneiras de se classificar a lei. Dentre todas as classificações, entretanto, uma há que merece ser desde

logo ressaltada: é a que a classifica tendo em vista a sua força obrigatória. Sob esse ângulo as normas se distinguem em

regras cogentes, ou de ordem pública, e em regras dispositivas (também chamadas supletivas e interpretativas)".

Norma cogente é aquela que por atender mais diretamente ao interesse geral não pode ser alterada pela convenção entre os

particulares. São preceitos que interessam diretamente à ordem pública, a organização social, e que por isso o legislador

não transige em que se suspenda sua eficácia. As partes não podem, mediante convenção, ilidir a incidência de uma norma

cogente. Jus publicum privatorum partis derogare non potest".

Assim, por exemplo, a regra do art. 183, VI, do Código Civil de 1916, que proibia o casamento de pessoas já casadas, era

preceito que interessava à própria estrutura da sociedade, de modo que, mesmo de acordo os nubentes, nulo seria seu casamento

se um deles estivesse ligado a matrimônio anterior. Assim, também, o preceito que confere aos parentes o direito de exigir

alimentos uns dos outros; os interessados não podem, por convenção, abrir mão dessa prerrogativa, porque ela interessa mais

diretamente à sociedade que aos próprios beneficiados.

As regras dispositivas, por não estarem diretamente ligadas ao interesse da sociedade, podem ser derogadas por convenção

entre as partes. Elas funcionam no silêncio dos contratantes, suprindo a manifestação de vontade porventura faltante.

16. SERPA Lores (Curso de direito civil, Rio de Janeiro, 1953, v. 1, n. 10) distingue as normas, segundo sua força obrigatória, em normas cogentes e normas relativas, bifurcando estas últimas em normas dispositivas e normas supletivas. Entende que não se equiparam as normas de ordem pública às normas cogentes. Dessa opinião, data veria, divirjo, pois parece-me que a norma cogente se confunde com a norma de ordem pública. Uma e outra atendem a um interesse social, ou, para usar as palavras do mesmo escritor, quando caracteriza a norma de ordem pública, são normas que visam garantir e assegurar a existência do corpo social, base do ordenamento jurídico (Ibid., v. 1, n. 2).

17. O art. 6º do Código Civil francês consigna a seguinte regra:

"On ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

#17

Assim, por exemplo, dizia o Código Civil de 1916 que, nas obrigações alternativas, a escolha competia ao devedor (art. 884, atual 252); mas se as partes estipulassem o contrário, tal preceito deixava de ter aplicação, prevalecendo, então, a vontade dos contratantes. Outro exemplo: a lei civil determinava que, se nada se estipulasse, o pagamento se efetuava no domicílio do devedor (art. 950, atual 329). Ora, tratando-se de regra supletiva, nada impede que os contratantes convençam diferentemente, e, se o fizerem, o preceito deixa de vigorar em relação àquele negócio jurídico. Vimos que a lei emana da autoridade competente. Entre nós a fonte da lei é o Poder Legislativo, nos termos dos arts. 59 e seguintes da Constituição Federal. Verdade que, na confecção da lei, também colabora o Poder Executivo.

Com efeito. A iniciativa da lei cabe ao Presidente da República e a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Aprovado o projeto numa das Casas do Parlamento, será revisto pela outra, que, aprovando, enviará ao Presidente da República, para veto ou sanção. Esta última se manifesta na promulgação, ato pelo qual o chefe de Estado proclama perante o corpo social a existência da lei. Feito isso, há a publicação, ato que torna a lei obrigatória. Não se confunde, portanto, a promulgação com a publicação.

8. Da vigência da lei

A lei, salvo disposição em contrário, começa a vigorar em todo o território nacional quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

O intervalo entre a data da publicação da lei e a de sua entrada em vigor chama-se vacatio legis.

A maioria das leis, entretanto, contém em seu texto a data em que passará a vigorar. Em geral coincide com a de sua publicação; em outras hipóteses, o período de espera é maior, concedendo-se tempo mais amplo de adaptação. Este caso se deu com o Código

Civil, que, publicado logo após sua promulgação em IL" de janeiro de 1916, só entrou em vigor em 1`-' de janeiro de 1917.

Tal é o termo inicial da vigência da lei. Até quando, entretanto, vigorará? Não se destinando a vigência temporária, a lei

terá vigor até que outra a modifique ou revogue (LICC, art. 2-').

18. Em sua edição original a referência era ao art 46 da Constituição de 1946. Agora refere-Se à Constituição de 5 de outubro de 1988.

#18

Em muitos casos a lei traz no seu texto o prazo de sua vigência. Assim, por exemplo, a antiga Lei do Inquilinato (Lei n.

1.300, de 2812-1950) dispunha, em seu art. 22, que vigoraria da data de sua publicação até o dia 31 de dezembro de 1952.

Tratava-se de diploma cujo intuito era disciplinar uma relação jurídica possivelmente transitória, provocada pela crise

de habitações. De sorte que o legislador, ao oferecer remédio para tal situação, acreditava na sua transitoriedade, tanto

que deu eficácia passageira ao remédio referido. Verdade que, por leis posteriores, foi prorrogada, por períodos relativamente

curtos, a vigência daquele texto, que, até novembro de 1964, vigorou neste País, com pequenas modificações.

Na maioria das vezes, porém, a lei não contém termo fixo de duração; é feita para vigor por tempo indeterminado, e assim

só perde sua eficácia se outra posterior a modificar ou revogar. Dessa regra decorre corolário importante: a lei só se revoga

por outra lei. Não pode, por conseguinte, um regulamento, ou uma portaria, ou um aviso ministerial, dar fim à existência de uma lei'.

"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (LICC, art. 2`-', § P). Três, portanto, são as hipóteses em que a lei posterior revoga a anterior.

A primeira quando expressamente a ela se refere. A Lei n. 1.300/ 50, há pouco citada, determinava em seu art. 22 que ficavam

revogados os decretos-lei anteriores que disciplinavam a questão do inquilinato Da mesma forma, a posterior Lei do Inquilinato

(Lei n. 4.494, de 25-111964, revogada pela Lei n. 6.649, de 16-5-1979, revogada, também, pela Lei n. 8.245, de 18-10-1991)

em seu art. 42, expressamente revogou a lei de 1950, bem como todas as subseqüentes que a modificavam. O Código Civil de

1916, por sua vez, em seu art. 1.807, revogou expressamente

19. Existe uma hierarquia entre as normas de direito positivo vigentes num determinado país. Acima da lei ordinária, como

lei maior, existe o preceito constitucional. Este prevalece sobre aquela em virtude de ser a Constituição o ponto onde assenta

toda a ordem jurídica, de sorte que a autoridade que contra ela se insurge está demolindo a pedra angular do seu poder jurisdicionà

(cf. SEMA Lei, ES, Guso..., cit., v. 1, n. 16). Sua fonte é a Assembléia Constituinte e só pode ser emendada de acordo com o art. 60 (Constituição de 1988). Abaixo da lei encontra-se o decreto que é ato do Poder Executivo, e que, portanto, não tem a mesma força que a lei, porque enquanto esta representa a vontade da nação, manifestada através dos seus representantes, aquele reflete apenas a vontade do Poder Executivo. Seguem-se a portaria, os avisos ministeriais etc. Um preceito de maior força pode revogar um de força menor. O contrário não é permitido.

#19

as Ordenações do Reino, os alvarás, as leis e os decretos concernentes à matéria de direito civil que a lei veio disciplinar.

A lei posterior revoga igualmente a anterior quando seja com ela incompatível. Isso se dá quando o Poder Público muda sua política legislativa, ordenando um procedimento que se não afaz às regras anteriores.

Assim, a Lei n. 883, de 21 de outubro

de 1949, que permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução do casamento de seu genitor adúltero, revogou, parcialmente, o art. 358 do Código Civil de 1916, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e dos adulterinos.

A lei posterior revoga a anterior ainda quando discipline inteiramente matéria por aquela tratada. Assim, por exemplo, a

Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 não se referiu, expressamente, a igual preceito do de 1916; mas, tendo disciplinado

toda a matéria por este regulada, evidentemente o revogou. Entretanto, se não há colidência entre os dois textos, porque

a lei nova apenas estabelece disposições a par das já existentes e com ela compatíveis, a primeira continua a subsistir.

9. Do conhecimento da lei

Uma vez publicada e transcorrido o período de vncatio legis, a lei entra em vigor e vincula a todos. Sua força coercitiva, por isso que ela é um preceito geral, prende a todos; ninguém pode fugir de cumpri-la, ainda

que ignorando sua existência. O legislador presume, de maneira irrefragável, que todas as pessoas conhecem a lei.

É uma presunção que não corresponde à realidade, pois, em nossos dias, as leis se multiplicam de tal maneira que nem mesmo

os profissionais as conhecem em sua totalidade. Quanto mais os leigos!

Mas o preceito, que provém da regra romana segundo a qual ncino jtts ipnorare censchir, é uma imposição da ordem jurídica,

sem a qual a vida em sociedade seria impossível. Se inexistisse o dispositivo, qualquer pessoa poderia furtar-se de cumprir

a lei sob o pretexto de a desconhecer. E isso afetaria a própria estrutura da sociedade, cuja sobrevivência está condicionada

ao império da ordem jurídica.

Por isso, como a lei pretende a todos vincular e de todos exigir obediência, ela presume que cada um a conheça, não admitindo

a alegação de sua ignorância. E o faz no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."
#20

10. Da aplicação do direito e das lacunas da lei

Para resolver os casos que lhe são apresentados, o juiz procura, dentro da sistemática do direito, a lei que se deve aplicar à hipótese sub iudice. Esta é uma função do Estado, de que ele se desincumbe por meio do Poder judiciário.

Tal operação consiste, segundo Claude du Pasquier, em transferir para um caso particular e concreto a decisão que se encontra na regra abstrata". Esta é a premissa maior de um silogismo, e, partindo dela, o juiz aplicará a lei ao caso concreto.

Por exemplo: o Código Civil determina que na sucessão legítima os descendentes herdam em primeiro lugar; ora, João é filho de Paulo, de sorte que, morto Paulo, João é seu herdeiro.

Por vezes, entretanto, o juiz não encontra na legislação escrita uma norma a aplicar ao caso concreto. Poderá ele recusar-se a decidir sob tal pretexto? Evidentemente não, sob pena de conturbar-se a ordem social.

Compete ao Estado, através do Poder judiciário, solucionar os conflitos entre particulares, e a esse mister não poderá fugir. Aliás, o Código Civil francês dispõe que o juiz que se negar a julgar, sob pretexto de omissão da lei, pode ser processado como culpado por delito de denegação de justiça`.

Quando a lei é omissa sobre algum problema, ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma lacuna da lei. Esta é inevitável em qualquer ordenamento jurídico, porque o legislador, por mais sagaz que seja, não pode prever todos os casos capazes de aparecer nas relações entre os indivíduos.

E, mesmo que anteviesse todas as relações jurídicas presentes, não teria o dom de prever casos que o progresso trará. Como poderia, por exemplo, o codificador francês imaginar, em 1804, os problemas jurídicos que o transporte ferroviário ou aéreo iriam trazer? Ou o codificador brasileiro de 1916 resolver questões advindas da descoberta da energia atômica ou da exploração do espaço interplanetário?

Verdade que não poucos escritores negam a existência de lacunas na lei, entendendo que na ordem jurídica não há falhas.

Isso porque, sendo o direito concebido como um sistema, tal fato implica, à
#21

guisa de disposições precisas, a existência de princípios gerais dos quais é possível deduzir uma solução. É a idéia da plenitude logicamente necessária da legislação escrita.

Tal conceito, contudo, não deixa de ser uma ficção. E ele não afasta a idéia de lacuna, pois lacuna haverá cada vez que

inexistir no ordenamento jurídico uma disposição precisa para disciplinar determinado conflito. Entretanto, a despeito da inexistência de regra, não se pode furta o juiz de decidir os conflitos de interesses que se propõem entre os particulares.

Como proceder?

O art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil determina:

"Art. 4-Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão desses recursos, para não deixar insolvída a demanda.

Julgar por analogia significa aplicar às hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos.

A analogia baseia-se na idéia de que, se a lei disciplina de determinada maneira uma relação jurídica, deve, por igual razão,

disciplinar do mesmo modo uma outra relação semelhante. O princípio condensa-se no adágio ubi eadem ratio, idem jus, isto

é, onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito. Por exemplo: o ordenamento jurídico não conhece regra específica

sobre os acidentes em transportes de bondes elétricos, mas o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade

civil das estradas de ferro, contém dispositivo expresso sobre os acidentes nelas ocorridos.

Numerosos acórdãos mandaram

aplicar, nos casos de acidentes de bondes, por analogia, as regras editadas para os desastres de trens (v. v. 4).

Não encontrando na lei solução para o litígio apresentado, nem a descobrindo por analogia, deve o juiz recorrer aos costumes.

O costume é o uso implantado numa coletividade e considerado por ela como juridicamente obrigatório"-2. Provém ele da prática

reiterada e uniforme de certo procedimento, a qual vai gerar, no espírito

#22

da comunidade, a persuasão de sua necessidade e de sua obrigatoriedade".

A Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769", considerava como tal a prática, por mais de cem anos, de um procedimento que

não colidisse com a boa razão.

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 não fazia referência aos costumes como fonte a que o juiz devesse recorrer,

no caso de silêncio da lei; a inovação surgiu com a lei de 1942.

Conforme se vê do próprio texto, o juiz só deve recorrer ao costume na hipótese de omissão da lei. O que vale dizer que

o legislador, admitindo o costume *practer legefn*, repeliu a idéia de costume revogados da lei, *contra legem*, que alguns

escritores acolhem".

23. VIGESTE RIO dá a seguinte e excelente definição de costume:

"A regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e

sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica" (O direito e a vida dos direitos, reedição, São Paulo, 1960, v. 1, n. 180).

24. Eis o texto, referente ao costume, do parágrafo 14 da Lei de 1769:

"... declaro (...) que o costume deve ser somente o que a mesma lei qualifica nas palavras longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar - cujas palavras Mando que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os três essenciais requisitos: de ser conforme às boas razões, que deixo determinado que constituam o espírito de Minhas Leis; de não ser a elas contrário em cousa alguma; e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos. Todos os outros pertences costumes nos quais não concorrem copulativamente todos estes requisitos, Reprovo e Declaro por corruptelas, e abusos".

CoRiá:a Ti i i rs, comentando a lei de 1769 (Lei da Boa Razão), informa que foi ela que introduziu o requisito de o costume

ter mais de cem anos; acrescenta que, se o costume apresentar os três requisitos mencionados, vale como lei. É por esses direitos costumeiros que se regulam os dízimos em todo o reino.

2~. Pi,-vyioi estuda o problema da origem ou da autoridade do costume e sustenta que esta advém do apoio que lhe dá a jurisprudência.

"Toute règle de droit suppose une contrainte, c'est-à-dire une autorité, une volonté supérieure à celles qui obéissent, et cette containte ne peut venir que de la loi eu du ju.ge" (Traitxa..., cif., v. 1, n. 11).

Entende não passar de quimera a tese segundo a qual a autoridade dos costumes viria da piuiu inris ou nerrssitras, para concluir que a obrigatoriedade do costume decorre do fato de ser ele reconhecido pela jurisprudência.

Se o juiz não encontrar na lei a solução para o caso que lhe é submetido; se não encontrar remédio na analogia, nem nos costumes, deve recorrer aos princípios gerais de direito.

A expressão é por demais ampla e muitos entendem que é aos princípios de direito natural que o legislador manda recorrer".

Talvez

#23

mais valha atribuir à expressão um sentido diferente, pois parece-me que o legislador quer referir-se àquelas normas que o orientam na elaboração da sistemática jurídica, ou seja, àqueles princípios que, baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, impõem-se, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade.

Uma solução de alto interesse para o problema das lacunas da lei é a apregoada pelo legislador suíço. Dispõe o art. V do

Código Civil suíço que, no silêncio da lei e não havendo um costume a regular uma relação jurídica, deve o juiz decidir

"segundo as regras que ele estabelecerá se tivesse de agir como legislador 1,27.

11. Da interpretação da lei

Já vimos que, na aplicação do direito, o juiz procura, tendo em vista a norma geral, nela encaixar

o caso concreto. A norma funciona como premissa maior de um silogismo, e a hipótese subjuzida, como premissa menor, decorrendo

inevitavelmente a conclusão. Assim, se a regra dispõe que se atinge a maioria aos 18 anos, e no caso concreto prova-se

que o autor da ação já completou essa idade, a conclusão ressalta automaticamente: é ele de maior idade, portanto plenamente capaz no que concerne a este fator.

Ocorre, entretanto, que nem toda norma jurídica apresenta-se tão clara, quer por não ter o legislador cuidado de eliminar-lhe

as obscuridades, quer por lançar mão de conceitos nem sempre bem definidos, quer, ainda, por recorrer a preceitos de excessiva amplitude.

Assim, quando a lei se refere às expressões bem comuns, negligência, boa fé, é mister, primeiramente, analisar detidamente a regra para descobrir seu verdadeiro sentido.

A operação que tem por objeto precisar o conteúdo exato de uma norma jurídica chama-se interpretação. A necessidade da interpretação

#24

é indiscutível e, exceto naqueles casos em que o sentido da norma salta em sua absoluta evidência, o trabalho de exegese

apresenta-se continuamente ao jurista.

Conforme a fonte donde promana, a interpretação se diz autêntica, doutrinária ou jurisprudencial. Autêntica é a que emana

do próprio legislador, que, por ato subsequente, declara qual o verdadeiro sentido da regra. Doutrinária é a que aparece

nos livros de ciência, nas obras dos juristas. jurisprudencial é a que se elabora nos tribunais, pelas decisões do Poder

Judiciário.

Quanto ao meio de que se lança mão para proceder à interpretação, tradicional é o método que procura conhecer qual a intenção

do legislador, inserida na lei. Para descobrir tal intenção, e assim o sentido de um texto, recorre-se à interpretação literal

ou gramatical, à lógica e à histórica.

A interpretação gramatical consiste em proceder a metódico exame do texto, para dele extrair a precisa vontade do legislador;

procura-se o sentido exato de cada vocábulo, examina-se a pontuação, tentando estabelecer o que efetivamente a regra determina.

Se tal interpretação não se mostra capaz de extirpar as dúvidas, recorre-se à interpretação lógica. Para admiti-la parte-se

do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um edifício sistematicamente concebido, de sorte que o texto é estudado em

confronto com outros, a fim de não ser interpretado de modo a conflitar com regras dadas para casos análogos; examina-se

a posição do artigo no corpo da lei, o título a que está submetido, o desenvolvimento do pensamento do legislador, enfim

o plano da lei.

Como espécie da interpretação lógica, na opinião de muitos, mas como sistema autônomo de interpretação, no ver de outros, aparece a interpretação histórica.

Ela consiste no exame dos trabalhos que precederam a promulgação da lei; das discussões que rodearam sua elaboração; dos anseios que veio satisfazer; e das necessidades contemporâneas à sua feitura. Por vezes, pelo exame desses elementos, consegue-se descobrir qual a efetiva vontade do legislador. Por exemplo: um problema que preocupava os juristas era o de saber o alcance do art. 358 do Código Civil, que determinava não poderem ser reconhecidos os filhos incestuosos e os adúlteros. Ao ver de alguns, tal regra impedia não só o reconhecimento

#25

dos espúrios, como também a sua legitimação²²⁻¹. De sorte que, diziam, como a lei não permite o reconhecimento, que é o menos, com muito mais razão não deve permitir a legitimação.

Entre os argumentos aduzidos contra tal exegese, recorreu-se ao elemento histórico.

Durante a elaboração dessa regra, apresentou

Andrade Figueira emenda ao Congresso^{2'} dispondo que "os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser legitimados nem reconhecidos". Ora, o fato de tal emenda ter sido rejeitada demonstra o intuito contrário do legislador, de permitir a legitimação dos espúrios".

Por meio desses modos de interpretação busca-se descobrir qual o sentido atribuído ao texto, pela vontade do legislador.

Confundiase, assim, a pesquisa do sentido de uma lei com o sentido que a ela teria querido atribuir a vontade do legislador.

A reação da doutrina contra tal orientação iniciada na França com a célebre obra de Génys^{3'} alcançou imediatamente grande

êxito, por mostrar o erro que consistia em procurar na lei apenas a vontade do legislador.

A lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador.

Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que ela se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação

teleológica. O intérprete, na procura do sentido da norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca, qual o problema que

ela almeja resolver. Com tal preocupação em vista é que se deve proceder à exegese de um texto.

Só assim, a meu ver, pode-se compreender a regra do art. 5-' da Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe:

"Art. 5" Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

#26

12. Da eficácia da lei no tempo

A Lei de Introdução ao Código Civil cuida, a seguir, do problema da eficácia da lei no

tempo. A questão pode ser proposta da seguinte maneira: as leis são feitas para ter vigor somente no futuro, ou podem retroagir ao passado, para regular relações já anteriormente constituídas, isto é, que já se consumaram quando tal regra ainda não vigia?

O problema se apresenta quando fatos, nascidos sob o regime de uma lei, procedem em trânsito até serem apanhados por uma lei nova, que revoga a anterior. E a questão fundamental é a de saber se a lei nova pode retroagir apanhando os efeitos daqueles fatos, ou se ela só tem eficácia para o futuro.

Várias são as possíveis posições do legislador no que concerne à retroatividade da lei, quer proibindo-a, quer silenciando a respeito.

Por vezes, o legislador veda a retroatividade da lei por meio de norma constitucional, como ocorria no Brasil Império, em que a Constituição de 1824 continha expressa proibição. Assim sendo, a norma proibidora se dirige diretamente ao legislador, a quem se proíbe a elaboração de lei retroativa. A desobediência a esse preceito faz com que tal lei não tenha efeito, podendo o judiciário recusar-se a aplicá-la.

Outras vezes, a regra proibidora de lei retroativa se encontra em lei ordinária, como acontece no art. 2º do Código Civil francês¹². Nesta hipótese o preceito não vincula o legislador ordinário do futuro, mas se dirige tão-somente ao juiz.

Outras vezes, ainda, encontram-se aqueles sistemas em que a lei é silente sobre a possibilidade de se elaborarem leis retroativas.

Neste caso, entendem os escritores ser regra de boa doutrina interpretativa evitar uma exegese que permita a abrangência de casos pretéritos pela norma posterior.

E, finalmente, encontramos sistemas em que se não proíbe diretamente a existência de leis retroativas, mas apenas excluem-se da retroatividade da lei nova algumas espécies de atos. Assim é o atual sistema brasileiro, pois quer a Constituição quer a lei ordinária não consignam proibição de leis retroativas. Apenas excluem da incidência da lei nova o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

32. O Código Civil francês, art 2º: "La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet retroactif".

#27

Parece útil examinar os textos que, no passado, trataram da retroatividade da lei, entre nós. O art. 179, n. Y, da Constituição do Império vedava, expressamente, a promulgação de leis com efeito retroativo. Tal preceito foi repetido pelo n. 3º do art. 11 da Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, o qual determinava ser vedado prescrever leis retroativas.

Posteriormente, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, em seu art. 3º, excluía da incidência da retroatividade o

ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. E, em três parágrafos do artigo referido, definia o que entendia por esses três institutos.

Beviláqua, comentando o artigo em questão, sustentava ser ele complemento da regra constitucional. São suas palavras:

"Assim, no direito brasileiro, a não-retroatividade das leis quer dizer: respeito aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e ao caso julgado".

A Constituição de 1934 não mais se referiu aos efeitos retroativos da lei, e apenas no seu art. 113, n. 3, excluiu da incidência

da lei nova o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

A Constituição de 1937 manteve-se silente a respeito, deixando, assim, de ser constitucional o preceito que proibia a retroação

da lei. Mas, como o Código continuou a vigor, a matéria passou para o âmbito da lei ordinária, que continuou a excluir da

incidência da lei nova aquelas situações já consolidadas. Portanto, na vigência da Constituição de 1937 era possível a feita

de leis retroativas, contanto que expressas.

A nova Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, promulgada na vigência da Carta Constitucional de 1937, adotou a teoria

de Roubier, da aplicação imediata da lei, e de certo modo confirmou o entendimento acima exposto. Dizia ela em seu art.

6º:

"Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as

situações jurídicas definitivas e a execução do ato jurídico perfeito".

Tratava-se, portanto, de norma vinculando o juízo, permitindo a retroatividade da lei, se houvesse disposição expressa.

Em 1946 a Constituição voltou ao sistema de incluir o preceito entre

as garantias individuais. Seu art. 141, § 3º, determinava que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico

perfeito e a coisa julgada".

#28

O preceito foi modificado pela Lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, que retomou a tradição de definir as exceções. Essa

é a redação do art. 6º, na forma que lhe deu a lei de 1957:

"Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa

julgada.

§ 1º - "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º - "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo

começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, consigna o

preceito em termos idênticos aos da Carta Constitucional de 1946, orientação que foi mantida no art. 5-^o, XXXVI, da Constituição

de 5 de outubro de 1988, que simplesmente repete a regra de 1946.

Após esse breve esboço histórico convém perguntar o que é a retroatividade da lei. Diz-se retroativa a lei que procura alcançar

os efeitos de atos que surgiram anteriormente à sua vigência. Será justo que a lei retroaja?

Muitos espíritos liberais combatem, genericamente, a possibilidade de a lei retroagir, mas não me parece evidente a sua

razão. Colin e Capitant, argumentando na defesa da lei retroativa, sustentam que, como a lei nova se supõe melhor do que

a anterior, e por isso mesmo é que se inovou, deve ela aplicar-se desde logo. Tal argumento, a meu ver, é irrespondível.

De resto, a lei nova atende, em geral, a um maior interesse social, devendo, por conseguinte, retroagir.

Aliás, em casos de interesse social, deve a lei nova ter aplicação imediata. Assim, por exemplo, a lei que traga um novo

impedimento matrimonial deve ser aplicada incontinenti, porque a razão que conduziu o legislador a criá-lo é de evidente

interesse social. Do mesmo

modo, a lei que veda o divórcio, ou que o permite, deve, fora de dúvida, ter aplicação imediata. Apenas, permitindo a retroatividade

da lei, devem-se preservar aquelas situações consolidadas em que o interesse individual prevalece.

#29

Entre nós a lei é retroativa, e a supressão do preceito constitucional que, de maneira ampla, proibia leis retroativas constituiu

um progresso técnico. A lei retroage, apenas não se permite que ela recaia sobre o ato jurídico perfeito, sobre o direito

adquirido e sobre a coisa julgada.

13. Da eficácia da lei no espaço

Problema paralelo é o da eficácia da lei no espaço, ou seja, o de saber se as normas de um país podem ter eficácia fora de seu território.

O Estado politicamente organizado tem, sobre o seu território e sobre os seus habitantes, um poder que não conhece outro

maior, chamado soberania. Neste poder se inclui, naturalmente, o normativo, isto é, a prerrogativa de ditar leis que vinculem

a todos. Mas, naturalmente, a lei de um país só é obrigatória nesse país, pois, se fosse viger alhures, chocar-se-ia com

a soberania de outros países. Expressão característica, que vem do período medieval, é a que *leges non valent ultra territorhon*.

O problema, todavia, do cosmopolitismo e o da mobilidade dos homens conduziram os Estados a transigir com aquela posição

rígida e intolerante. Pareceu-lhes conveniente anuir em atribuir eficácia a normas estrangeiras dentro de suas fronteiras,

quando se tratasse de regular relações entre estrangeiros aí localizados. Essa transigência, aliás recíproca, não traz qualquer

diminuição à soberania dos Estados. Desse modo, o país soberano vai permitir, em alguns casos, que a lei estrangeira tenha eficácia dentro de seu território.

Assim, por exemplo, a lei brasileira dispõe, no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem; o que vale dizer que, para reger as obrigações constituídas no estrangeiro, o ordenamento jurídico brasileiro concorda em que a lei aplicável seja não a sua, mas a estrangeira.

Esses problemas são tratados pelo Direito Internacional Privado, que resolve os conflitos da lei no espaço.

O Direito Internacional Privado é, na definição de Bustamante, o conjunto de princípios que determina os limites no espaço da competência legislativa dos Estados, quando têm de aplicá-la às relações jurídicas que podem ser submetidas a mais de uma legislação.

Vários critérios se abrem para o legislador quando se trata de determinar qual a lei aplicável a uma relação jurídica. Assim,

pode

#30

determinar que a lei aplicável seja a do país de origem, ou a do domicílio do estrangeiro.

Em matéria de forma dos atos

jurídicos pode optar pela lei do local onde eles se realizaram; pode, nas relações

concernendo aos bens, ordenar que se

aplique a *lex rei sitae*, ou seja, a lei do local onde a coisa se situa.

Assim, por exemplo, o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, que representa uma inovação em face da lei anterior,

dispõe que "a lei do país em que for domiciliada (grifo nosso) a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade,

o nome, a capacidade e os direitos de família". Na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 a orientação era outra, pois

mandava seu art. W que se aplicasse a lei nacional da pessoa, para aquelas relações acima referidas.

Essa inovação, no meu entender, foi totalmente proveitosa, porque, sendo o Brasil um país para onde convergem correntes

migratórias importantes, a adoção da lei do domicílio oferece não só a vantagem de promover mais celeremente a adaptação

do imigrante ao seu país de escolha, como facilita a aplicação do direito.

Se a adoção de tal preceito, pelo legislador de 1942, ampliou o campo de aplicação da lei brasileira, verdade é que em numerosas

relações de direito ele manda aplicar a lei estrangeira.

Como a aplicação da lei estrangeira no Brasil, ou da brasileira no exterior, decorre da própria deliberação do país em causa,

o princípio da soberania nacional não fica vulnerado.

O estudo das regras que disciplinam essa matéria constitui objeto da cadeira de Direito Internacional Privado.

#33

CAPÍTULO I
DA PESSOA NATURAL
SUMÁRIO:

14. Nota introdutória ao Livro das Pessoas.
15. Da pessoa natural como sujeito de direitos.
16. Início e fim da pessoa natural.
17. Comorientes.

14. Nota introdutória ao Livro das Pessoas

O Código de 1916, no Livro 1 da Parte Geral, que cuidava das pessoas, continha dois títulos. No Título 1 tratava das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, e no Título 11 tratava do domicílio civil.

O Código de 2002, do Livro 1 de sua Parte Geral, cuida em um título das pessoas naturais e o divide em três capítulos, o primeiro sobre a personalidade e a capacidade, o segundo sobre os direitos da personalidade e o terceiro sobre a ausência.

Assim, abriu-se um capítulo novo acerca dos direitos da personalidade, capítulo que já se encontrava no Anteprojeto original, cuja Parte Geral era de José Carlos Moreira Alves, e transportou-se, para este Livro, o capítulo sobre ausência, tratada pelo Código anterior dentro do Direito de Família.

Há mais de vinte anos, portanto mais de vinte edições do primeiro volume do meu apagado "Direito Civil", consagro um capítulo aos direitos da personalidade. Esse capítulo foi emendado e o transporte para colocá-lo antes do relativo às pessoas jurídicas.

Transportei também o estudo sobre a ausência para colocá-lo no Livro das Pessoas. Assim obedeci ao Código de 2002, inspirado pelos fins didáticos que esta obra tem.

15. Da pessoa natural como sujeito de direitos

Já foi vista a distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo (v. n. 2 supra). O direito objetivo é a norma posta a vigor num determinado momento, para reger as relações dos homens vivendo em sociedade; é a norma agendi.

#34

O direito subjetivo é a prerrogativa que para o indivíduo decorre da norma objetiva, quando ele é o titular do direito;
é a facultas agmA

Cada vez que se fala em direito subjetivo, isto é, em facultas agendi, ou seja, numa relação jurídica de onde decorre uma prerrogativa para alguém, imprescindível se faz conceber o titular dessa prerrogativa; porque não há direito subjetivo que não tenha um sujeito, pois o direito tem por escopo proteger os interesses humanos.

O direito subjetivo consiste numa relação jurídica que se estabelece entre um sujeito ativo - o titular desse direito -

e um sujeito passivo, ou vários sujeitos passivos, que ou são responsáveis pelo cumprimento de uma obrigação para com o

primeiro ou devem abster-se de qualquer comportamento que lhe possa prejudicar um direito.

No campo das obrigações, o fenômeno aparece com enorme clareza. Por meio do contrato, por exemplo, surge um liame a vincular o devedor (sujeito passivo) ao credor (sujeito ativo), em virtude do qual este pode exigir daquele uma prestação cujo conteúdo é dar, fazer ou não fazer qualquer coisa.

Nos direitos reais, entretanto, embora a figura do sujeito ativo se projete veemente na pessoa do titular, o sujeito passivo não se mostra de maneira tão nítida. Aliás, dentro da conceituação clássica, o direito real se definiria como o vínculo estabelecido entre um homem e uma coisa`. Uma corrente de juristas, inspirada na obra de Ortolan e liderada por Planiol⁴, critica tal entendimento por achar inconcebível um liame jurídico entre uma pessoa e uma coisa, pois todo direito é sempre uma relação entre pessoas. De sorte que, diz Planiol, o direito real, como todos os outros, tem necessariamente um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto. Assim, no direito de propriedade, enquanto o sujeito ativo é o titular do domínio, são sujeitos passivos da relação jurídica todas as outras pessoas do mundo, exceto seu titular. Todas essas pessoas estão vinculadas à obrigação passiva universal, de caráter

#35

negativo, cujo conteúdo é o abster-se de praticar qualquer ato que possa turbar a posse tranqüila pelo sujeito ativo.

Quer se admita esta concepção, quer se admita a clássica, o que releva acentuar é que em toda relação jurídica existe sempre um titular.

Relação jurídica é aquela relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva". Ela se estabelece entre indivíduos, porque o direito tem por escopo regular os interesses humanos, de maneira que o sujeito da relação jurídica é sempre o homem. Verdade que por vezes se encontram organismos que não são homens, exercendo a titularidade de direitos. São as chamadas pessoas jurídicas. Mas ver-se-á que tais entidades representam um instrumento para melhor se atingir interesses humanos.

Se toda relação jurídica tem por titular a pessoa humana, verdade é, também, que toda pessoa pode ser titular de uma relação jurídica, isto é, todo ser humano tem capacidade para ser titular de direitos. É o que proclama a regra do art. 1º do Código Civil:

Art. 1: Toda pessoa é capaz de direitos e de~ cres na ordem civil.

Isso nem sempre ocorreu, pois, nos regimes em que floresce a escravidão, o escravo, em vez de sujeito, é objeto de direito.

E em algumas legislações conheceu-se o instituto da morte civil. Mas, no mundo moderno, e na quase-totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos.

A isso se chama personalidade.

16. Início e fim da pessoa natural

Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos". Tal personalidade se adquire com o nascimento com vida, conforme determina o art. 2º do Código Civil.

#36

A restrição contida neste dispositivo pode ter enorme relevância na prática, pois, conforme se demonstre que o indivíduo nasceu morto, ou morreu logo após o nascimento, diversas e importantes consequências podem defluir. Por exemplo: suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do de cujos passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto (que foi deferido a seu filho no momento em que ele nasceu com vida) passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe.

No direito anterior, até o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, exigia-se, para aquisição da personalidade, que a pessoa nascesse com vida e fosse viável. Igual o critério do Código Civil francês. Noutras legislações se requer a viabilidade e a forma humana, numa continuação da tradição romana que negava personalidade ao monstruoso vel prodigiário¹¹.

Para a lei brasileira, hoje, basta que haja o nascimento com vida. Mas, prossegue o art. 2º do Código Civil, a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus`.

A personalidade, que o indivíduo adquire ao nascer com vida, termina com a morte (CC, art. 6º). No instante em que expira, cessa sua aptidão para ser titular de direitos, e seus bens se transmitem, incontinenti, a seus herdeiros (CC, art. 1.784).

Parece que melhor se conceituaria personalidade dizendo ser a aptidão para adquirir direitos e assumir obrigações na ordem civil, pois, como se verá, a aptidão para adquirir direitos, que é comum a todos os homens, não se identifica com a aptidão para exercer direitos, da qual se excluem as pessoas mencionadas no art 4º do Código Civil, que pessoalmente não os podem exercer.

37. Nesse sentido o art 30 do Código Civil espanhol, nestes termos:

"Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y

iviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

38. O Projeto Clovis Beviláqua adotava doutrina diferente da do Código; por ele a personalidade se adquiria desde a concepção.

O art. 3º daquele texto dispunha que "a personalidade começa (om a concepção, sob a condição de nascer com vida".

#37

A lei presume, para os efeitos civis, a morte do ausente, nos casos dos arts. 37 e 38.

Ausente é a pessoa que desaparece

de seu domicílio, deixando de dar notícias por um largo período de tempo. A lei, como veremos, estabelece um processo que

se inicia pela convocação do ausente, intimando-o a voltar e a reassumir seu patrimônio.

Se, durante vinte anos, mantiver-se

ele em lugar não sabido, sem que se possa localizá-lo, a despeito das providências judiciais tomadas, a lei o presume morto,

e defere a seus herdeiros a sucessão definitiva em seus bens (v. n. 34 a 38).

Tal presunção é igualmente admitida provando-se que o ausente conta com oitenta anos de nascido, e que de cinco datam as

últimas notícias dele.

17. Comorientes

Problema importante, concernindo ao fim da personalidade, é o dos comorientes, que são pessoas que falecem

na mesma ocasião, sem que se possa determinar qual pré-morreu à outra.

Só surge a dúvida se mediante prova pericial, ou por circunstâncias externas, não for possível apurar qual falecimento precedeu

ao outro, pois, se pelo exame do cadáver descobrir-se que um deles se encontra em tal estado de decomposição que naturalmente

o óbito ocorreu de há muito, enquanto o outro revela-se recente, não se pode falar em comorientes.

Conforme se admita a morte simultânea, ou a sucessiva, diversas e importantes serão as conseqüências. Se morrem num acidente

pai e filho, o problema sucessório pode ser resolvido de maneira absolutamente diferente, conforme se demonstre que um ou

outro faleceu primeiro, ou que ambos faleceram ao mesmo tempo.

Na hipótese de pré-morte do pai, seu patrimônio passa ao filho e daí para os herdeiros do filho; na hipótese de pré-morte

do filho, seus bens irão aos seus herdeiros e, portanto, possivelmente a seu pai, e daí aos herdeiros deste. Enquanto, se

ambos morreram no mesmo instante, relações jurídicas não se estabelecem entre eles, porque perderam simultaneamente sua

personalidade, e, por conseguinte, beneficiar-se-ão os herdeiros de cada qual.

Exemplo ilustrativo encontra-se em julgado do Tribunal de São Paulo (RT, 100/550).

Discutiam os herdeiros dos cônjuges sobre

a sucessão destes, que haviam sido assassinados no mesmo evento. Procuravam os herdeiros da mulher excluir os do varão,

que, a seu ver,

#38

fora assassinado em primeiro lugar. Se tal circunstância fosse admitida, a mulher, como cônjuge sobrevivente, teria herdado os bens de seu marido e transmitido, por sua vez, aos seus herdeiros legítimos, e, no momento em que perdeu a vida, todo o patrimônio do casal. O julgador recusou-se a admitir como prova a declaração vacilante e contraditória do assassino, de maneira que, à falta de outra, aceitou a tese da comoriência, determinando assim a habilitação dos herdeiros de ambos os cônjuges.

Com efeito, esta é a solução da lei. Se não for possível averiguar qual dos comorientes precedeu aos outros, presume-se simultaneamente mortos (CC, art. W).

Sábria tal solução, que seguiu a trilha do legislador alemão, repudiando a solução evidentemente artificial dos arts. 720 e 722 do Código Napoleônico. Nestes dispositivos, o legislador criou uma série de presunções legais, para evitar controvérsia.

Mas não se acomodam com a realidade. Assim, se não se puder provar qual de duas pessoas pré-morreu à outra, presume-se que a mais velha sobreviveu, se ambas tiverem menos de 15 anos; se ambas tiverem mais de 60, presume-se ter sobrevivido a mais moça; se uma tinha menos de 15, e a outra mais de 60, esta presume-se morta em primeiro lugar; se ambas contarem entre 15 e 60 anos, presume-se que o homem sobreviveu à mulher; se ambas forem do mesmo sexo, que a mais moça morreu após a mais velha.

O Código Civil, como disse, desembaraçou-se desse cipoal, e, à guisa de prova positiva sobre o assunto, presume simultaneamente mortos os que faleceram na mesma ocasião.

#39

CAPÍTULO II DAS INCAPACIDADES

Sumário:

18. Da capacidade de gozo e da capacidade de exercício de direitos.
19. Sentido protetivo da teoria das incapacidades.
20. Distinção entre incapacidade absoluta e relativa.
21. Casos de incapacidade absoluta.
22. Casos de incapacidade relativa. Distinção entre incapacidade e falta de legitimação.
23. Proteção que a lei confere aos incapazes.
24. Fim da menoridade.
25. Emancipação.

18. Da capacidade de gozo e da capacidade de exercício de direitos - Já foi dito que todo ser humano, desde seu nascimento até sua morte, tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil. Mas isso não significa que todos possam exercer, pessoalmente, tais direitos. A lei, tendo em vista a idade,

a saúde ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de protegê-las, não lhes permite o exercício pessoal de direitos. Assim, embora lhes conferindo a prerrogativa de serem titulares de direitos, negalhes a possibilidade de pessoalmente os exercerem. Classifica tais pessoas como incapazes. Portanto, incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos.

De modo que mister se faz distinguir a capacidade de direito, ou seja, a de ser titular de direitos, da capacidade de exercício, isto é, a de pessoalmente atuar na órbita do direito.

19. Sentido protetivo da teoria das incapacidades

O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso

#40

para defender seu património, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.

Com efeito, através de medidas várias, o legislador estabelece um sistema de proteção para os incapazes. E a jurisprudência, inspirada no sentido moral da regra e no anseio de proteger, dentro das normas de justiça, os incapazes, tem estendido ou restringido tal proteção, de acordo com as imposições do caso concreto⁹.

Em todo o caso, é mister ter-se em vista que têm direito à proteção somente as pessoas que a lei define como incapazes, pois a incapacidade é a exceção e a capacidade, a regra.

20. Distinção entre incapacidade absoluta e relativa - Nos arts. 3º e 4º do Código Civil a lei arrola os incapazes, distinguindo-os em absolutamente incapazes e relativamente incapazes. Essas incapacidades decorrem ou da idade imatura ou de uma deficiência física ou mental determinada.

Basicamente poder-se-ia dizer que a diferença entre a incapacidade absoluta e a relativa é de grau apenas¹¹.

São absolutamente incapazes aqueles que não podem, por si mesmos, praticar quaisquer atos jurídicos. O direito, tendo em vista a condição do menor impúbere, a do psicopata, ou a do surdo-mudo que não se pode externar, despreza sua vontade, e não lhe dá qualquer efeito como criadora de relações jurídicas.

Se o negócio jurídico é ato da vontade humana a que a lei empresta consequências, e se a lei despreza a vontade do absolutamente incapaz, é evidente que este não pode, pessoalmente, ser a mola criadora de um ato jurídico.

39. RWTirr afirma:

"No caso em que a inferioridade de um dos contraentes provenha dum estado permanente de fraqueza intelectual, o legislador estabelece uma regra fixa de incapacidade jurídica. O incapaz será representado, assistido ou autorizado por uma pessoa capaz. Para organizar esta incapacidade e esta proteção, é preciso um sistema de regras bastante complexo. Esforçam-se estas por assegurar o melhor possível a proteção ao incapaz, e ao mesmo tempo por dar toda a garantia aos terceiros que tratam com ele" (A regra moral nas obrigações cíveis, trad. Osório de Olix-eira, São Paulo, 7937, n. 50).

40. Essa asserção não se justificava ao tempo que a mulher casada figurava no rol dos incapazes, porque o legislador tratava, como de incapacidade, um caso que era apenas de falta de legitimação. Após a promulgação da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que alterou a situação jurídica da mulher casada, a afirmação do texto me parece incontestável.

#41

Se por acaso um absolutamente incapaz pratica um ato jurídico, através de sua própria manifestação volitiva, tal ato é nulo, por faltar a referido negócio um elemento substancial. Com efeito, aquela vontade manifestada é como se não existisse, pois a lei desconsidera inteiramente a vontade do absolutamente incapaz, de sorte que, repito, o ato dela emanado é nulo. Aliás,

di-lo o art. 166, 1, do Código Civil, nestes termos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

Como oportunamente veremos, o ato nulo não gera nenhum efeito (*quod nullum est, nullum producit effectum*), é como se não existisse; ele não convalesce, não se ratifica, e pode ser declarado ineficaz pelo juiz, independentemente de provocação dos interessados, cada vez que se evidenciar.

Assim, por exemplo, se um menor impúbere vende uma propriedade, faz um contrato de seguro, promete um fornecimento, enfim,

pratica qualquer ato jurídico, tal ato é absolutamente ineficaz, porque a manifestação volitiva provinda do menor, desprezada

que é pelo ordenamento jurídico, não produz efeitos na órbita do direito.

Essa deficiência física, todavia, não impede o absolutamente incapaz de participar do comércio jurídico; apenas o impede

de fazê-lo pessoalmente, porque o legislador acredita que, em virtude de suas condições pessoais, ele não pode aferir sua própria conveniência. Condiciona,

em razão disso, a atividade do incapaz ao fato de ser representado por uma outra pessoa que tenha maturidade e tirocínio,

e que possa, atuando em seu lugar, suprir a sua vontade defeituosa. Representarão os absolutamente incapazes seus pais,

tutores ou curadores. De forma que o absolutamente incapaz não comparece ao ato jurídico que envolve manifestação de sua

vontade. Outra pessoa, isto é, seu pai, seu tutor ou seu curador, o faz, representando-o.

Diferente é a incapacidade relativa, porque a inaptidão físico-psíquica dos beneficiários é menos intensa.

Com efeito, em outros casos, a lei parte do postulado de que o grau de imaturidade do menor púbere, bem como a deficiência que caracteriza a prodigalidade, é menor que a dos incapazes absolutos, capitulados no art. 3º do Código Civil. Trata-se de pessoas que, sem

#42

terem um julgamento adequado das coisas, apresentam um grau de perfeição intelectual não desprezível. De maneira que a lei, restringindo sua liberdade de ação dentro da órbita das atividades jurídicas, permite-lhes a prática de atos jurídicos.

Condiciona, entretanto, a validade do ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz ao fato de ele se aconselhar com pessoa plenamente capaz - seu pai, tutor ou curador -, que o deve assistir nos atos jurídicos. Assim, se o menor púbere quer praticar ato jurídico, tal como a compra e venda, ou o contrato de empreitada, a lei já considera sua vontade e respeita sua manifestação volitiva. O legislador dá validade ao ato jurídico emanado de sua vontade, o qual pode aperfeiçoarse e ganhar eficácia se o incapaz comparecer assistido por seu representante, que dá sua anuência àquele negócio.

Enquanto o absolutamente incapaz é representado, o relativamente incapaz é apenas assistido por seu pai, tutor ou curador.

O ato praticado pelo relativamente incapaz não é nulo, mas tão só anulável, conforme a regra do art. 171, 1:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente.

21. Casos de incapacidade absoluta

O art. 3º do Código Civil traz os casos de incapacidade absoluta, e o art. 4º, os de incapacidade relativamente a certos atos ou à maneira de os praticar.

São os seguintes os casos de incapacidade absoluta, constantes do art. 3º do Código Civil:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

#43

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Passo a examinar cada um dos casos enumerados.

1 - Os menores de 16 anos. A lei entende que o ser humano, até atingir essa idade, não alcançou ainda discernimento para distinguir o que lhe convém ou não; de sorte que, desprezando sua vontade, impede que atue pessoalmente na vida jurídica.

A fixação em 16 anos, da idade em que se finda a incapacidade absoluta, representava uma inovação do Código Civil de 1916.

Diferente era o direito anterior. As Ordenações, em mais de um passo, referindo-se à proteção devida aos menores, mencionam

o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12. Teixeira de Freitas ensina, no art. 25 de sua obra, que o menor até a idade de 14 anos e a menor até a de 12 serão representados em juízo por seus tutores; e no artigo subsequente determina que depois dessa idade os menores que forem autores têm intervenção própria. É que aí se tomava por base a puberdade. Mas, como observa Beviláqua 14, não é a aptidão para procriar que se deve ter em vista, mas o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida social.

De acordo com esse critério haver-se-ia de entender que a mulher teria, mais cedo do que o homem, atingido o amadurecimento requerido pela lei para alcançar uma capacidade limitada. O que, evidentemente, não se justifica.

O propósito do legislador brasileiro de fixar certa idade para aquisição de uma capacidade relativa já se encontra noutras legislações, e merece aplauso, porque a lei não pode ser casuísta, deferindo ao juiz prerrogativa para, examinando cada caso particular, decidir se determinado menor atingiu ou não uma relativa capacidade. A norma fixa em 16 anos a idade da maturidade relativa, e em 18 a da maioridade, baseando-se naquilo que habitualmente acontece.

#44

Os menores impúberes, como vimos, são representados na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores.

II - Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. O

Código de 1916 alinhava entre os absolutamente incapazes "os loucos de todo o gênero".

Tal expressão, embora tradicional

em nosso direito, foi muito criticada por ser pouco científica. Muitos preferiam a expressão alienados, outros, o vocábulo

ameutais. Tais críticas resultaram proveitosas, pois o legislador, em lei posterior, adotou a expressão psicopata (Dec.

n. 24.559, de 3-7-1934).

Na abrangência do vocábulo incluem-se todos aqueles que, por defeito psíquico, não podem reger sua pessoa e seus bens; e,

segundo o legislador de 1916, eram absolutamente incapazes. O novo Código, em seu art.

3-º, acolheu os argumentos da doutrina,

substituindo o texto anterior pelo atual.

A inclusão dos amentais no rol dos absolutamente incapazes depende, entretanto, de um processo de interdição, cujo rito

vem determinado nos arts. 1.177 e s. do Código de Processo Civil.

Formulado o pedido por pessoa interessada, que especificará na inicial os atos que revelam anomalia psíquica do interditando,

o juiz mandará citar este último para comparecer em audiência que designará, e em que será ele minuciosamente interrogado

pelo magistrado acerca de sua vida, negócios e ao mais que lhe parecer necessário para avaliar o seu estado mental. Impugnado

ou não o pedido, o juiz nomeará perito médico para proceder ao exame do interditando; apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, em que comparecerá o órgão do Ministério Público, aliás presente em todo o processo.

Decretada a interdição será nomeado curador ao interditado. A sentença que decretar a interdição será registrada no Cartório do 1º Ofício de cada comarca.

No direito anterior ao Código de 1916 eram válidos os atos praticados pelo amental em seus intervalos lúcidos. Isso constituía

uma importante fonte de demandas, pois fácil é imaginar os debates que a

#45

lei facultava; uns interessados alegando que o ato foi praticado durante um intervalo lúcido, outros, negando tal fato.

E enorme, também, a dificuldade de prova. O Código Civil não considerou os intervalos lúcidos do amental.

Outro problema importante, neste capítulo, é o de saber se são válidos os atos praticados pelo amental antes do processo

de interdição. Aqui colidem dois interesses, ambos merecedores de proteção da lei: de um lado, o do amental, que, atuando

sem curador, poderia prejudicar-se; de outro, o da sociedade, ou seja, o de todos aqueles que, de boa-fé, com ele contrataram.

A possibilidade de anular-se o negócio jurídico, ultimado com o amental não interditado, decerto representa um elemento de

insegurança, inconveniente para a vida social.

Muitas legislações têm dispositivo expresso a respeito, e o paradigma de todas elas é o preceito do art. 503 do Código Civil francês, que dispõe:

"Os atos anteriores à interdição poderão ser anulados, se a causa da interdição existia notoriamente à época em que tais fatos foram praticados" }7.

Entre nós tal texto inexistente, de maneira que se poderia sustentar que o negócio levado a efeito pelo amental é sempre nulo, esteja ele interditado ou não.

#46

Tal solução, entretanto, é demasiado severa para com os terceiros de boa-fé que com ele negociaram, ignorando sua condição

de demente. De modo que numerosos julgados têm aplicado, entre nós, aquela solução encontrada alhures, segundo a qual

o ato praticado pelo psicopata não interditado valerá se a outra parte estava de boa-fé, ignorando a doença mental que o

afetava.

A meu ver tal solução não destoa da lei. O interesse geral, representado pelo anseio de fundir segurança aos negócios

jurídicos, impõe que se prestigie a boa-fé. Dessa maneira, devem prevalecer os negócios praticados pelo amental não interditado

quando a pessoa que com ele contratou ignorava e carecia de elementos para verificar que se tratava de um alienado. Entretanto,

se a alienação era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, se podia, com alguma diligência, apurar a condição

de incapaz, ou, ainda, se da própria es
Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de justiça de São Paulo, por votação
unânime, negar provimento à apelação.
Trata-se de apelação interposta por interdito, representado por sua esposa, pretendendo que
os efeitos da sentença de interdição
remontem a julho de 1969, ou a 5 de junho de 1970 ou de seu internamento em
Estabelecimento Psiquiátrico, e não da data
de sua prolação. A Douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo improvimento.
É o relatório.
Segundo a perícia médica, reforçada pelo teste de Rorschach, as faculdades psíquicas do
apelante estão afetadas, impedindo
seu relacionamento normal com o meio ambiente. É portador de psicose
maníaco-depressiva - fl. 34.
A incapacidade foi reconhecida, mas o recorrente quer que se estenda a período anterior à
decisão.
A sentença de interdição, segundo Pontes de Miranda, 'é constitutiva positiva, com eficácia
,i tuas, mas os atos anteriores
à curadoria só podem ser julgados nulos, provando-se que já subsistia, ao tempo em que
foram exercitados, a causa da incapacidade'
Tratado de Direito de Família, v. 3, p. 306 e 307.
Por sua vez, os arts. 452 do Código Civil e 1.184 do Código de Processo Civil afirmam que
a sentença de interdição produz
efeitos desde logo, embora sujeita à apelação.
Conseqüentemente, a exegese é esta: produz efeitos desde logo, mas também retroage; a
diferença entre época anterior e atual
de interdição 'ocorre apenas quanto à prova de nulidade do ato praticado pelo insano' -
PONTES DE MIRANDA, IOC. Cit.
A sua eficácia ex t mc depende da prova, enquanto, desde logo, a sentença produz efeitos,
porque é constitutiva.
Pretendendo o apelante provar incapacidade anterior à curadoria, tendo em vista negócio
praticado sob estado de insanidade,
faz-se-lhe mister propor ação contra quem de direito, provando aquela, em tal qual ato
jurídico; já tem a sentença atentatória,
que permite a retroatividade; falta-lhe prova a ser produzida em feito contencioso, e não
nestes autos.
Assim sendo, fica improvido o apelo.
São Paulo, 15 de maio de 1975".
#47
A estrutura do negócio ressaltava que seu proponente não estava em seu juízo perfeito, então o
negócio não pode ter validade,
pois a idéia de proteção à boa-fé não mais ocorre.
A incapacidade dos loucos de todo o gênero, sistematizada no Código Civil de 1916, sofreu
séria alteração com a publicação
do Decreto n. 24.559 / 34} 1.
A principal modificação feita por esse texto consistia na possibilidade, conferida ao juiz, de
determinar que a interdição
do amental seria limitada, ficando ele incluído entre os relativamente incapazes, conforme
se apresentasse menor a seriedade

de sua perturbação psíquica.

Com efeito. O decreto mencionado classificava os psicopatas, assim declarados por perícia médica, como absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Inicialmente o juiz devia nomear um administrador provisório para cuidar dos bens do psicopata. Contudo, decorrido o prazo de dois anos, e não podendo o psicopata assumir a direção de sua pessoa e de seus bens, ser-lhe-ia decretada, pela autoridade judiciária competente, a respectiva interdição.

Mas, tanto no despacho que nomeasse administrador provisório como na sentença que decretasse a interdição, o juiz, tendo em conta o estado mental do psicopata, em face das conclusões da perícia médica, determinaria os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando assim a incapacidade relativa ou absoluta do doente mental.

Essa experiência foi aproveitada pelo legislador de 2002, pois, cuidando da incapacidade relativa, incluiu entre os beneficiados da proteção os que por deficiência mental temiam o discernimento reduzido.

III- Os que, mesmo por motivo transitório, não puderem exprimir a sua vontade. Se o negócio jurídico é um ato da vontade, a que a lei empresta os efeitos almejados pelo agente, é óbvio que se este, ainda que por motivo transitório, não pode externar sua vontade, o ato, por ele praticado, não pode prevalecer, pois carece de seu elemento gerador, que é a manifestação válida da vontade.

#48

22. Casos de incapacidade relativa. Distinção entre incapacidade e falta de legitimação

O art. 6º do Código Civil de 1916

relacionava os casos de incapacidade relativa. O fato de em sua forma original incluir entre os incapazes a mulher casada",

além da maneira como vinha redigida a regra, podia conduzir à persuasão de que a distinção entre as duas espécies de incapacidade

não era apenas de grau, como acima ficou afirmado (v. n. 20 e nota 40 supra), mas de natureza. Enquanto o art. 5º classificava

como absolutamente incapazes para pessoalmente praticar os atos da vida civil as pessoas nele enumeradas, o art. 6º declarava

que a incapacidade de que tratava referia-se apenas a certos atos, ou à maneira de os exercer.

Mas, excluída do preceito a mulher casada, que, desde a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, não é incapaz, a distinção

entre as duas hipóteses era meramente de grau. A lei despreza a vontade dos absolutamente incapazes, os quais, por uma das

deficiências já apontadas, não podem, por si mesmos, atuar na vida jurídica. Sua inteligência ou não atingiu um mínimo de

desenvolvimento necessário para alcançar alguma compreensão, ou se encontra obstruída por moléstia mental, ou não pode manifestar

sua vontade, por um defeito de ordem instrumental. Em qualquer caso a deficiência é tão profunda que lhes é absolutamente vedado atuar, pessoalmente, na vida civil.

Nas hipóteses do art. 6º do Código de 1916 a deficiência era menos marcada, não afetando, com tal intensidade, a compreensão do indivíduo. O menor entre 16 e 21 anos, ou o pródigo, ou o silvícola eram indivíduos que se situavam a meio do caminho entre os casos de integral inaptidão e os de perfeito desenvolvimento intelectual. De modo que a lei procurou tão-somente suprir aquela deficiência parcial, que lhes é peculiar, quer impedindo apenas a prática de certos atos (como, por exemplo, os atos de alienação para os pródigos), quer determinando a maneira como devem praticar outros tantos.

#49

Eram os seguintes os casos de incapacidade relativa, constantes do art. 6º do Código Civil de 1916:

"Art. 0º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

1- os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 a 156); 11- os pródigos; 111- os silvícolas".

O Código de 2001 alterou numericamente a disposição, sobretudo porque, tendo diminuído de 21 para 18 anos a idade da menoridade, só restavam entre os relativamente incapazes por motivo de idade aquelas pessoas maiores de 16 e menores de 18 anos. Transcrevo o art. 4º do novo Código:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

111- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Passo a examinar cada um dos casos acima enumerados.

1- Os maiores de 16 e os menores de 18 anos. A lei, neste caso, admite que o indivíduo já tenha atingido certo desenvolvimento intelectual, que, se não basta para dar-lhe o inteiro discernimento de tudo que lhe convém nos negócios, chega, entretanto, para possibilitar-lhe atuar, pessoalmente, na vida jurídica.

O ordenamento jurídico não mais despreza a sua vontade, antes a considera, atribuindo ao ato praticado pelo menor púbere

todos os efeitos jurídicos, desde que se submeta aos requisitos exigidos pela lei. Entre tais requisitos o mais relevante

é o de vir o menor assistido por seu representante, isto é, a lei exige, para validade do ato, que o menor se aconselhe

com seu pai ou tutor, o qual, se de acordo com o negócio, o assistirá.

#50

Se o menor púbere contrai obrigação desassistido por seu representante, ela é anulável, ou seja, pode ser anulada pelo próprio

menor, ou por seu representante. E, obviamente, só o será se resultar prejudicial ao incapaz (CC, art. 171). Entretanto,

uma regra limita o alcance desse princípio, pois ele não incide sobre o menor que, agindo dolosamente, enganou o outro contratante sobre sua idade. Diz o art 180 do Código Civil:

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior. Aqui entram em conflito dois princípios gerais de direito: de um lado, o anseio de proteger o menor; de outro, o propósito

de repelir o dolo e amparar a boa-fé, não permitindo leve aquele a melhor sobre esta. Qual dentre os dois princípios prefere

o legislador? Evidentemente, por mais importante, o último. Daí a regra do art. 180 do Código Civil, que nega proteção ao menor cujo discernimento já é bastante para distinguir o bem do mal e que, agindo dolosamente, sabe que agiu mal".

Nessa mesma idéia se baseava o art. 156 do Código de 1916, que negava proteção ao menor púbere em relação às obrigações

resultantes de atos ilícitos. Como a lei pressupunha neste menor certo desenvolvimento intelectual, entendia que ele já

atingira maturidade suficiente para distinguir o bem do mal e para avaliar as conseqüências de suas ações intencionais ou

mesmo meramente culposas. Por isso o equiparava ao maior, relativamente às obrigações decorrentes de atos ilícitos, isto

é, de atos praticados com culpa ou dolo, de onde resultou prejuízo para terceiros'-.

O novo Código não reproduziu tal regra e a omissão já se encontrava no Anteprojeto de 1992, que ainda consignava com data

#51

#52

da maioridade os 21 anos. A supressão desse dispositivo, mantida na Câmara dos Deputados e no Senado, representa, a meu ver, uma imperfeição, pois deixa margem para dúvida quanto a saber se o menor de 17 anos pode ser responsabilizado pela reparação

do dano, causado por ato ilícito por ele praticado. Acho que pode, com base na regra geral de responsabilidade (art. 186).

Aliás, como o relativamente incapaz por força da idade é o menor entre 16 e 18 anos, a omissão apontada abrange um número

menor de incapazes em relação ao regime do Código de 1916.

li - Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. Aqui

se sente nitidamente, como fonte do dispositivo, a influência do Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, que dispõe sobre

a assistência aos psicopatas, e que introduziu, na proteção prestada aos incapazes, os intoxicados e os ébrios habituais.

Acredito que o dispositivo terá, como primeira dificuldade, a definição da figura do ébrio habitual e do viciado em droga.

111 - Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Esse dispositivo, que é de extrema flexibilidade, deixa uma

porta aberta para aqueles casos de deficiência mental mais brandos, que não couberem no dispositivo do art. 30, que arrola entre os absolutamente incapazes os que não tiverem, por enfermidade ou deficiência mental, o discernimento para participar de negócios jurídicos.

IV - Os pródigos. Pródigo é aquele que, desordenadamente, gasta e destrói a sua fazenda, define Beviláqua. A lei o inclui entre os relativamente incapazes.

Não são poucos os que se voltam contra tal orientação, sustentando que dar curador ao pródigo e impedi-lo de livremente agir na vida civil representa violência à liberdade individual. Afinal o pródigo gasta o que é seu. E, ademais, despendendo seu patrimônio, incentiva a circulação da riqueza. Entretanto, é tradicional no direito lusobrasileiro a curadoria ao pródigo.

E ela se inspira num interesse social relevante, ou seja, o de proteger sua família.

#53

Aliás o Código Civil de 1916, ao cuidar da curatela, continha uma seção especial consagrada aos pródigos (os arts. 459 a 461), onde se dizia que o pródigo incorrerá em interdição havendo cônjuge ou tendo ascendentes e descendentes legítimos que a promovam (art. 460) e que tal interdição se levantará não existindo mais aqueles parentes.

O Código de 2002 só contém um dispositivo à interdição do pródigo (art. 1.782), e, repetindo regra do direito anterior, dá os limites da interdição do pródigo, afirmando que esta só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Isso porque, como sua deficiência só se mostra no trato de seus próprios bens (que ele despense como um desastrado), sua incapacidade é limitada aos atos que o podem conduzir a um empobrecimento. De modo que apenas não pode, sem assistência de curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração. Todos os demais atos da vida civil ele validamente os pratica. Assim, é ele quem fixa o domicílio do casal, quem autoriza seus filhos menores a contraírem matrimônio etc.

23. Proteção que a lei confere aos incapazes

Como já vimos, o legislador, no intuito de proteger os incapazes, coloca-os debaixo da orientação de uma pessoa capaz (seus pais, tutores ou curadores), que os representa, ou os assiste em todos os atos da vida civil, de modo que a deficiência intelectual que apresentam é suprida pela inteligência do representante.

Ainda, como também já mostrei, a lei fulmina de nulidade, ou confere ação anulatória para tornar ineficaz, qualquer ato praticado pelo absoluta ou relativamente incapaz sem a representação ou a assistência de seu representante.

Além dessas medidas de ordem geral, a lei prevê algumas outras igualmente protetivas do interesse do incapaz. Assim, contra os absolutamente incapazes não corre a prescrição (CC, art. 198, 1); o mútuo feito a menor não pode ser reavido, a não ser nas hipóteses do art. 589 (CC, art. 588); pode o menor, ou o interdito, recobrar a dívida de jogo que voluntariamente pagou (CC, art. 814) etc.

#54

Tal proteção, ainda que ampla, é aparentemente menor que a concedida pelo direito anterior ao Código Civil de 1916, pois

nela não se compreende o benefício de restituição (CC de 1916, art. 8º-').

A restitutio in integrum, originária do direito romano e consagrada no direito português anterior ao Código de 1867, passou

para o direito brasileiro, que consolidou as regras filipinas a respeito". Era um remédio judiciário de caráter extraordinário,

pelo qual o menor, lesado em seus direitos, pleiteava a devolução de seu desembolso, quando o ato lesivo houvesse sido praticado

com a observância de todas as formalidades legais. Note-se que o benefício de restituição só era concedido quando o ato

lesivo fosse válido, porque, se o ato vinha inquinado de vícios, o remédio ordinário, isto é, a ação de nulidade, o desfazias'.

Tal benefício, inicialmente concedido tão-só aos menores, aos poucos estendeu-se a outros incapazes, à Igreja e à Fazenda Pública-".

Instituto que não respeitava os direitos adquiridos, constituía um fator de insegurança no organismo econômico da sociedade".

De certo modo, entretanto, ao invés de melhorar a situação do incapaz, por vezes a piorava, porque a ameaça de rescisão,

sempre pendente, atemorizava quem quer que desejasse com ele negociar, afastando-o, assim, da vida dos negócios.

O Código Civil pôs fim a uma instituição que perdera sua razão de ser, e que já era considerada obsoleta nos últimos tempos

de sua vigência. De modo que, hoje, os negócios efetuados com incapazes, por meio de seus representantes, são válidos e

eficazes, desde que submetidos aos requisitos demandados pela lei.

24. Fim da menoridade

Aos 18 anos, completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da

vida civil. Esse preceito do art. 5º do Código Civil contém uma norma rígida, insuscetível de dúvida, de caráter geral e

decorrente da idéia, já

#55

exposta, de que ao legislador não compete ser casuísta. Por mais precoce que seja o menor, continuará ele incapaz (a menos

que venha a ser emancipado), enquanto não completar 18 anos de idade''.

25. Emancipação - É a aquisição da capacidade civil antes da idade legal'.

O parágrafo único do art. 5º do Código Civil menciona vários casos de emancipação, que poderíamos distinguir tendo em vista que, numa das hipóteses, ela decorre de um ato específico de vontade, manifestada pelo titular do pátrio poder ou por sentença do juiz (n. I), enquanto nos outros ela deflui, automaticamente, de determinado evento, tal como o casamento (n. II), o exercício de emprego público efetivo (n. III), a colação de grau em curso superior (n. IV), ou o estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria (n. V).

No direito anterior, quando a maioridade era atingida aos 21 anos, a emancipação outorgada exigia que o emancipante tivesse 18 anos.

Hoje, com o fim da menoridade aos 18 anos, obviamente devem-se reduzir os casos de emancipação outorgada, que só beneficiará as pessoas entre 16 e 18 anos, quando antes aproveitava aquelas entre 18 e 21 anos. Convém, contudo, separar o caso do menor sob pátrio poder da hipótese do órfão sob tutela. Aquele é emancipado por concessão dos pais, por ato unilateral, em que os titulares do poder familiar reconhecendo ter seu filho a maturidade necessária para reger sua pessoa e seus bens, o proclamam plenamente capaz. É o reconhecimento, provindo dos responsáveis pelo menor, de que ele não mais precisa da proteção que o Estado oferece ao incapaz. A emancipação assim concedida é irrevogável (RT, 156/776).

A lei requer escritura pública para a perfeição do ato. O instrumento de concessão deve ser registrado em livro especial no Cartório do 1º Ofício ou da V subdivisão judiciária de cada comarca (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 89).

#56

O Regulamento dos Registros Públicos havia imposto a necessidade de serem as emancipações concedidas pelo progenitor homologadas judicialmente. O intuito, decerto, era permitir que juiz togado examinasse o ato. Vários problemas surgiram em relação ao assunto, entre os quais o de saber se a competência do juiz era somente para examinar a obediência de formalidades externas, ou se alcançava o próprio mérito da concessão, podendo ele, neste caso, recusar a homologação, quando não atendesse ao interesse do menor ou quando não tivesse este atingido o grau de maturidade necessário para reger seus bens. Discutia-se igualmente se a emancipação dependia, para se aperfeiçoar, de homologação, ou se, sendo este requisito elemento meramente complementar, a emancipação vigia a partir da escritura que a concedesse.

Tais problemas, provocadores de controvérsia na jurisprudência (RT, 197/247-303/312-210/227-211/232), foram superados pela Lei n. 2.375, de 21 de dezembro de 1954, que dispensou a homologação judicial. Hoje, o Código Civil não vedaria tal homologação.

Mister ter-se em vista que a emancipação só deve ser concedida em consideração ao interesse do menor. Assim, por exemplo, pode ser anulada a emancipação concedida pelo pai se ficar provado que ele só praticou o ato para libertar-se do dever de prestar pensão alimentícia.

Cumpra, ainda, notar que só pode conceder emancipação quem esteja na titularidade do poder familiar¹².

O menor sob tutela pode ser emancipado por sentença judicial, depois do procedimento disciplinado nos arts. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil.

Requerida a emancipação, serão o tutor e o órgão do Ministério Público citados, para ouvirem a justificação em que o menor provará ter capacidade para reger sua pessoa e seus bens. Feita a prova, ouvidas aquelas pessoas, o juiz decidirá. Note-se que o juiz formará livremente o seu convencimento, não sendo obrigado a seguir o critério da

#57

legalidade estrita (CPC, art. 1.109). A sentença que conceder a emancipação será devidamente registrada (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 89).

Afora esses dois casos de emancipação expressa, o Código Civil contempla alguns outros em que ela advém automaticamente de um outro evento, como já foi mencionado.

O exame dos incisos do parágrafo único do art. 5-"auxilia a compreender o problema da emancipação.

Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação

judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior,

V-pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor

com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Vejam agora as outras hipóteses acima referidas. Sobre a primeira hipótese já discorri acima.

Pelo casamento. "Não é razoável", diz Beviláqua, "que as graves responsabilidades da sociedade doméstica sejam assumidas pela intervenção, ou sob a fiscalização de um estranho", isto é, do pai ou tutor. A família tem tal importância na vida

da sociedade que não se pode admitir tenha ela por chefe um alieni juris³

O casamento válido conduz os cônjuges menores à maioridade. Tal situação é irreversível, de modo que a viuvez subsequente,

ou a separação, não mais tem o condão de devolver para a incapacidade, por questão de idade, aquele que a lei já considerou

maior por se ter casado. Assim, se moça menor de 16 anos tiver sua idade suprida para #58

fim de casamento e enviuvar logo após o enlace, ela continuará maior a despeito de sua escassa idade.

O casamento nulo, mas putativo, produzindo em relação ao cônjuge de boa-fé todos os efeitos do casamento válido, naturalmente o emancipa`.

Pelo exercício de emprego público efetivo. A regra inspira-se na idéia de que, se o próprio Poder Público reconhece no indivíduo

a maturidade para representá-lo, ainda que numa área pequena de sua atividade, incompreensível seria continuar a tratá-lo

como incapaz. Com efeito, seria incongruente que, confiando ao menor uma responsabilidade decorrente do exercício de cargo

público, tivesse aquele ainda responsável ou representante legal.

Adquirindo o menor, pela posse em emprego público efetivo, a plena capacidade civil, não mais está sujeito ao pátrio poder.

De sorte que seus pais já não são responsáveis por seus atos`.

Observa Vicente Ráo que o texto não deve ser interpretado restritivamente, para só admitir a emancipação quando o menor

exercer em caráter efetivo cargo público de provimento efetivo, mas também quando o exercer em comissão, ou interinamente,

ou por estágios, pois estes modos de provimento não se confundem com as missões, funções, comissões e encargos meramente

transitórios. Entende o jurista que o menor se emancipa sempre que adquirir o status de servidor público, exercendo constantemente

qualquer serviço ou função administrativa, seja qual for o modo de sua investidura. E prossegue: "... a idéia de status...

envolve a de modo constante de ser, na sociedade. É semelhante situação que revela o grau de maturidade do menor, suficiente

para que a lei o considere emancipado. É de se ponderar, ainda, que a Lei n. 1.711, de 24 de outubro de 1952, considera

funcionário a pessoa legalmente investida em cargo público e modos legais de investidura são as nomeações a título efetivo,

ou interino, ou em comissão.

#59

Pela colação de grau científico em curso de ensino superior. Tal preceito, de absoluta justiça, principalmente num país

como o nosso, de baixo índice cultural, é hoje de certo modo obsoleto, sendo mesmo praticamente impossível o aparecimento

da hipótese nele configurada. De fato, como os ensinos fundamental e médio duram onze anos e o superior no mínimo três,

é quase impossível, juridicamente, ocorrer a hipótese de alguém graduar-se antes dos 18 anos.

Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. A iniciativa do menor, nesse sentido, revela maturidade adequada

para passar ao rol dos capazes. Aliás, seria ilógico que, para cada um dos atos que tivesse de praticar, apresentasse ou

devesse apresentar autorização paterna. Ademais, as pessoas que com ele negociam, crenças de que está habilitado, tanto que publicamente exerce uma atividade que envolve a assunção de obrigações, seriam prejudicadas, em sua boa-fé, se os atos por elas praticados pudessem ser anulados, em virtude da menoridade do outro contratante'. O legislador, neste caso, tem, principalmente, por escopo proteger tais pessoas, que, de boa-fé, estabelecem relações comerciais com o menor.

39. RWTirr afirma:

"No caso em que a inferioridade de um dos contraentes provenha dum estado permanente de fraqueza intelectual, o legislador estabelece uma regra fixa de incapacidade jurídica. O incapaz será representado, assistido ou autorizado por uma pessoa capaz. Para organizar esta incapacidade e esta proteção, é preciso um sistema de regras bastante complexo. Esforçam-se estas por assegurar o melhor possível a proteção ao incapaz, e ao mesmo tempo por dar toda a garantia aos terceiros que tratam com ele" (A regra moral nas obrigações civis, trad. Osório de Olix-eira, São Paulo, 1937, n. 50).

40. Essa asserção não se justificava ao tempo que a mulher casada figurava no rol dos incapazes, porque o legislador tratava, como de incapacidade, um caso que era apenas de falta de legitimação. Após a promulgação da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que alterou a situação jurídica da mulher casada, a afirmação do texto me parece incontestável.

41. Ver-se-ã oportunamente que, tendo ainda em vista a proteção do incapaz, a lei, além de exigir a assistência de seu representante, demanda outras providências de segurança (CC de 1916, arts. 386 e 428).

42. Cf. Ordenações (Liv. 111, Tít. 41, § 8º), que manda que em juízo seja citado o tutor do réu menor, -se o dito menor

for réu e ainda não passar dos 14 anos, ou de 12 sendo fêmea... Cf., sobre o mesmo problema, Ordenações, Liv. [II, Tít.

63, § 5-'; e, sobre incapacidade de testar, Ordenações, Liv. IV, Tít. 81, pr.

43. Consolidação das leis civis, 3. ed., Rio de Janeiro, 1896.

44. Código Civil..., cit., obs. 2 ao art. 5-'. -I6. Cf. Ordenações, in

rbis:

°E sendo furioso per intervallos e interposições de tempo, não deixara seu pai, ou sua mulher, de ser seu Curador no tempo em que assim parecer sesudo, e tornado a seu entendimento. porém, em quanto elle estiver em seu siso e entendimento, poderá governar sua fazenda,

da, como se fosse perfeito de siso.

E tanto que tornar à sandice, logo seu pai, ou sua mulher usará da Curadoria, e regerá e

administará a pessoa e a fazenda

dele, como dantes` (Liv. IV, 'I-it 103, 4 3").

47. Cf. Código Civil italiano de 1865, art. 336; de 1942, art. 428; Código Civil português, art. 335. Diz este último dispositivo:

"Art. 335. Os atos e contratos, celebrados pelo interdito antes da sentença, só podem ser anulados, provando-se que a esse tempo já existia e era notória a causa da interdição, ou era conhecida do outro estipulaste. Parágrafo único. Os atos e contratos, celebrados pelo demente que nunca chegou a ser interditado, só podem anular-se no caso de se provar que, na data em que eles foram celebrados, existia e era notório, ou conhecido da outra parte, o estado de demência".

48. Cf. cresto do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa diz:

"Não é a sentença de interdição que cria a incapacidade. É a loucura. A sentença apenas a reconhece' (Fmrtário Forense, n. 80, jul. 1955).

Sustentando tese semelhante, julgado do Tribunal de São Paulo, que transcrevo na íntegra, dado seu interesse:

"INTERDIÇÃO - Sentença que a decreta - Efeitos - Inteligência dos arts. 452 do Código Civil e 1.184 do Código de Processo Civil.

Embora sujeita in apelação, a sentença que ricca,ta a interdição produ= etettos desde logo, mas ti nnbern retroaXe. A dtírencia

entre a tpoa anterior c a atual da Interdição ocorre aprnas quanto ã pro~w de rudidade do ato praticado pelo insano (TISP-3-

Câm. Cizt; Ap. n. 241.3.56-São Paulo; i. de 15-5-i5; tu[J.

Acórdão

vistos, relatados e discutidos estes autos ele Apelação Cível n. 241.356, da comarca de São Paulo, em que ê apelante A.

R. S., por S. S., sendo apelado 3 Curador da Família:

49. Cf. Vi(r,~ rr RÁ(x

"O preceito do art. 5º, 11, do Código Civil, que entre os absolutamente incapazes inclui os loucos de todo o gênero, bem como as demais disposições que disciplinam essa incapacidade, podem-se considerar substituídos (nas partes explícita ou implicitamente revogadas ou alteradas) pelo Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, que dispõe sobre a assistência aos psicopatas"

(o direito..., cit., v. 1, n. 69).

50. O art 6-' do Código Civil de 1916 incluía a mulher casada entre os relativamente incapazes. A Lei n. 4.121, de 27 de

agosto de 1962, deu nova redação a esse dispositivo, para excluir a mulher casada do rol dos incapazes. Para completar a

evolução neste campo, convém lembrar que o art. 226, 6 5`-', da Constituição de 5 de outubro de 1988, determinou que "os

direitos e deveres referentes ã sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Portanto, a mulher

casada passou de unia situação de incapacidade relativa, ã prática de certos atos, a unia posição de absoluta igualdade

de direitos dentro do lar.

#61

CAPÍTULO III

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sumário:

26. Conceito de direito da personalidade.
27. Fundamentos dos direitos da personalidade.
28. Da proteção aos direitos da personalidade.
29. Dos atos de disposição do próprio corpo.
30. Do tratamento médico.
31. Do direito ao nome.
32. Proteção à palavra e à imagem.
33. Proteção à intimidade.

26. Conceito de direito da personalidade - Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra". Estes são os chamados direitos da personalidade.

Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis".

Aliás é isso que proclama o art. 11 do Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

#62

A preocupação da pessoa humana contra as agressões do Poder Público é antigüíssima e, apenas para nos circunscrevermos aos tempos modernos, ela se reflete na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, como no texto de igual nome das Nações Unidas de 1948. Referido anseio de preservar a vida, a liberdade e a dignidade humanas se manifesta por toda parte e com a mais assinalada veemência. Encarados desse ponto de vista, os direitos do homem se situam no campo do direito público, pois o que se almeja, no caso, é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Poder-se-ia dar a esses direitos a denominação de Direitos dos Homens.

O reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses

direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.

Essa preocupação de defender a pessoa humana contra as agressões a essa espécie de direitos foi raramente aprendida pelo legislador, e quando o foi isso se deu com muita lentidão, como aconteceu entre nós; assim sendo, coube à jurisprudência a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados de defender tais valores personalíssimos contra a agressão de seus semelhantes.

Raymond Lindou, em sua monografia sobre o tema⁷⁰, assinala que o Código de Napoleão, que dedicou 191 artigos aos regimes matrimoniais e 20 aos muros e fossas divisórias, não disse uma palavra sobre os meios para defesa do nome patronímico, nem sobre os direitos não patrimoniais do autor e do artista, nem sobre as regras para pôr termo às divergências dos membros de uma família a respeito da escolha de uma sepultura, ou sobre a violação do domicílio ou do segredo de correspondência, ou do dever de terceiros em relação à personalidade de cada um de nós, ou de nossa vida privada. Coube à jurisprudência suprir essa falta.

Segundo esse mesmo autor, a primeira manifestação da jurisprudência francesa sobre o assunto ocorreu com o célebre acórdão

#63

Lecocq, de 22 de junho de 1902, que representou uma etapa marcante na evolução do direito moral do autor. Nesse aresto, a Corte de Cassação reconhece ao autor de uma obra literária ou artística "a faculdade inerente a sua própria personalidade" de alterá-la a sua vontade e mesmo de, afora caso de abuso, suprimi-la. Outros julgados a respeito são referidos pelo monografista.

Entre as soluções legislativas, creio que as mais antigas são a do Código português de 1867 (arts. 359 e s), a do art. 12

do Código alemão de 1896 e a do Código suíço de 1907 (arts. 27 e 28), sendo que o Código alemão, em seu parágrafo 823, a

respeito dos atos ilícitos, faz referência a outros direitos da personalidade, suscetíveis de serem violados, causando prejuízos

a seu titular. Mas a regra só cuida de reparação desses prejuízos. Traduzo o dispositivo legal germânico:

"Aquele que por dolo ou culpa causar prejuízo ao corpo, à saúde, à liberdade, ou a qualquer outro direito de uma pessoa, será obrigado a indenizar todo o prejuízo causado".

Tenho a impressão de que os direitos da personalidade foram, pela primeira vez, disciplinados pela lei, de forma sistemática

e embora sem usar essa denominação, pelo Código italiano de 1942. No Livro Primeiro, sobre as pessoas e sobre a família,

Título 1, sobre a pessoa física, se encontram os arts. 6, 7, 8 e 9 sobre a tutela do nome, e o art. 10, sobre o direito

à imagem. Nesses dispositivos se encontram as duas medidas básicas de proteção aos direitos da personalidade, ou seja, a possibilidade de se obter judicialmente, de um lado, a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima.

O Código Civil brasileiro consagra um capítulo (11), intitulado "Dos direitos da personalidade", no livro sobre as pessoas, para disciplinar essa matéria. Suas principais regras serão examinadas logo mais.

27. Fundamentos dos direitos da personalidade

Uma solução engenhosa a respeito da proteção aos direitos da personalidade foi sugerida pelo grande civilista espanhol Diego Espín Canovas, em seu precioso tratado". Esse jurista tenta ligar a proteção legislativa à Constituição espanhola de 1978 e particularmente ao capítulo da proteção

#64

aos direitos do homem, capítulo que, como se sabe, se encontra, em termos mais ou menos parecidos, na maioria das cartas constitucionais modernas. A regra constitucional invocada por aquele sábio jurista (art. 10,1) é a que proclama que "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros constituem o fundamento da ordem política e da paz social".

Não é meu intuito proceder à análise do pensamento do mestre espanhol, quis apenas realçar a idéia de que, se porventura se ligar a proteção dos direitos da personalidade aos princípios constitucionais que proclamam os direitos do homem, aqueles direitos se encontram protegidos na maioria dos países do Ocidente, sem necessidade de uma legislação específica sobre a matéria.

Uma posição original, defendida em mais de um passo e que tem a prestigiá-la a opinião de Coviello, é a que nega a própria existência dos direitos da personalidade, baseada na idéia de ser inconcebível admitir-se alguém tendo direitos cujo objeto seria sua própria pessoa'-.

A despeito do sabor do argumento, que pretende ser logicamente irrefutável, não creio que se possa esconder o fato objetivo de que há prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que o ordenamento jurídico reconhece e que a jurisprudência protege. Aliás todos os escritores que se ocupam da matéria, estrangeiros e nacionais, reconhecem a existência desses direitos que estão fora do comércio, que são inalienáveis, intransmissíveis e que merecem a proteção da lei não só contra as ameaças e agressões da autoridade, como contra as ameaças e agressões de terceiros particulares'^.

O problema desapareceu no Brasil com o advento da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, que expressamente se refere aos direitos de personalidade. Fê-lo no art. 5º, X, que

diz:

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

#65

28. Da proteção aos direitos da personalidade

Já bem antes de ser inserido no anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, em 1962, que pela primeira vez tentou disciplinar a matéria entre nós, a jurisprudência brasileira consagrava um sistema de proteção aos direitos da personalidade, segundo trilha igual à da jurisprudência e da legislação alienígena. Essa proteção consistia em propiciar à vítima meios de fazer cessar a ameaça ou a lesão, bem como de dar-lhe o direito de exigir reparação do prejuízo experimentado, se o ato lesivo já houvesse causado dano. Essa orientação foi consagrada no art. 12 do Código Civil de 2002, quando declara:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A cessação da ameaça depende de ordem judicial para que o requerido interrompa aquele procedimento lesivo. A jurisprudência francesa conhece mesmo hipóteses de seqüestro de publicações em que o agravo ao nome, à honra ou à imagem da pessoa seria irreparável sem tal medida. Lindou, que noticia esses julgamentos', observa que, já em 1826, ocorrera seqüestro dessa espécie.

Um editor havia publicado uma pretensa Memórias de Fouché, duque d'Otrante, sendo-lhe impossível demonstrar que proviessem da pena do célebre chefe de polícia de Napoleão. Os filhos de Fouché obtiveram ordem judicial ordenando não apenas a apreensão de todos os exemplares da obra, como também que tais exemplares fossem destruídos. Ao confirmar essas medidas, o tribunal de superior instância reconheceu que o prejuízo experimentado pelos filhos de Fouché só poderia ser reparado pela supressão da obra e das formas de impressão.

Não são infreqüentes na jurisprudência estrangeira decisões ordenando que o uso indevido do nome ou da imagem de outra pessoa seja interrompido. Mesmo entre nós o problema de há muito se propõe, e Antônio Chaves dá notícia de uma sentença de 1923, da lavra do então juiz de Direito da 2ª Vara da cidade do Rio de Janeiro, mais tarde Ministro do Supremo Tribunal Federal, Octavio Kelly (RF, 41 /297), que concedeu preceito

#66

cominatório "para proibir a exibição pública, para fim comercial, de um filme em que foi apanhada

de surpresa a cognominada Rainha da Beleza - Mlle. Zeze Leone".

Alguns anos atrás, pelo menos dois casos chegaram ao pretório, pleiteando, com sucesso, a cessação do ato lesivo ao direito

à imagem. Tais casos se tornaram conhecidos por terem por palco a televisão e por haverem sido bastante divulgados pela imprensa. No primeiro deles, um popular ator cômico reclamava a cessação de certo comercial em que um garoto, usando trajes iguais aos seus, reproduzia seus gestos e sua maneira de falar. No outro, um conhecido jornalista reclamava contra um quadro em que um comediante, também para fins de publicidade, tentava reproduzir frases e expressões lançadas pelo jornalista e que eram características de sua coluna social. As decisões judiciais não foram publicadas nos repertórios de jurisprudência, mas um dos jornais noticiou que as vítimas haviam obtido ordem judicial para que cessassem os abusos.

Quando, em virtude da violação do direito da personalidade, o dano já foi causado e não se podem mais impedir os efeitos funestos do ato lesivo, não resta outro remédio senão o de reparar o prejuízo. E de fato o art. 12 do Código Civil, acima transcrito, confere à vítima a prerrogativa de reclamar perdas e danos. Aliás pode ocorrer a hipótese de cumulação de pedidos, ou seja, o de que cesse a violação do direito e, simultaneamente, o de reparação do dano causado até o momento da cessação.

Pode-se conceber que em muitos casos ocorram, ao mesmo tempo, prejuízo material e prejuízo moral. A questão de reparação do dano moral, que no Brasil até há pouco suscitava viva controvérsia, se encontra hoje superada (v. v. 4). Como ali mostro, pelo menos na primeira metade do século prevalecia a tese de que os danos meramente morais, sem repercussão patrimonial, eram irressarcíveis (cf., do Supremo Tribunal, acórdão de 1942, RF, 138 / 452). Por conseguinte e durante a vigência daquela concepção, somente os prejuízos materiais eram indenizáveis. Talvez seja esta a razão por que na maioria dos julgados, em que o problema da indenização por danos derivados de lesão a direitos da personalidade obteve decisões favoráveis da jurisprudência, a decisão rebelde ordenou apenas a reparação de danos

#67

patrimoniais. Na maioria dos casos trata-se de personagens famosos, cujas imagens são ou foram usadas para fins de publicidade, sem remuneração dos personagens em questão.

Quando o Brasil ganhou, no México, o tricampeonato de futebol, foi tomada uma fotografia do capitão da equipe apresentando ao público a taça Jules Rimet, fotografia esta que foi reproduzida na imprensa do mundo inteiro. Uma organização de supermercados, na promoção de seus negócios, utilizou essa fotografia por dezenas de vezes na televisão, o que provocou a propositura, pelo atleta em causa, de uma ação de indenização contra a empresa comercial e seus agentes de publicidade. Julgada improcedente, foi dado provimento à apelação, para condenar os réus ao pagamento de indenização a ser apurada em execução (RT, 464/226).

Uma formosa senhora, conhecida modelo profissional, havia contratado, com uma das mais reputadas editoras do Brasil, a publicação, em uma revista, de uma dúzia de fotografias onde ela posava nua. As fotos, segundo o contrato, deviam ser publicadas em uma revista destinada, principalmente, à clientela masculina e, com efeito, aí foram publicadas. Tempos depois a casa editora, em uma outra de suas revistas destinadas ao público em geral, mas principalmente ao público feminino, inseriu uma reportagem constante de entrevistas de várias das jovens que haviam posado para aquele outro periódico e publicou-a sob o título "Elas posam nuas". Entre as dez ou doze fotografias publicadas se encontrava uma da jovem beldade acima referida.

Na ação de indenização proposta, a moça saiu vencedora em ambas as instâncias, porém o acórdão só reformou a sentença condenatória no respeitante à cifra indenizatória, pois, enquanto o juiz fixara a indenização em Cr\$ 1,00 por exemplar vendido, o tribunal ordenou que fosse ela apurada em execução (RT, 520/112).

O voto vencido merece ser examinado, pois nele se afirma haver a prova demonstrado que a autora não somente autorizou a publicação como se lisonjeou com o fato de ter sido entrevistada para a confecção da reportagem. Aliás, segundo aquela opinião, era evidente, pelo próprio título da reportagem, que o retrato da autora desnuda ilustraria o texto da obra jornalística.

Outros julgados referentes ao aproveitamento para fins comerciais da imagem de figuras populares no esporte, na ribalta e na televisão são encontráveis (RT, 519/83, 512/262, 497/88, 518/210, 521/112), todos #68

mandando indenizar a pessoa ou pessoas cujas fotografias foram utilizadas. Em rigor, em todos eles se entendeu que houve prejuízo para os autores de tais ações, cuja imagem foi utilizada sem autorização dos interessados e sem remuneração, resultando proveito para os réus. Em nenhum deles se cogitou de reparação de dano moral. Há, contudo, decisões em contrário, quando se admite autorização presumida para uso de imagem, ou se acredita que não houve prejuízo para o autor'.

29. Dos atos de disposição do próprio corpo

O art. 13 do Código Civil veda, salvo exigência médica, a disposição do próprio corpo quando os respectivos atos importarem diminuição permanente da integridade física ou contrariarem os bons costumes.

Essa matéria foi inteiramente disciplinada pela Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento e dá outras providências. A lei foi regulamentada pelo Decreto n. 2.268 / 97.

Alguns problemas seriíssimos podiam ser enquadrados no dispositivo, como hoje podem defluir da lei, entre os quais a venda

de órgãos, as intervenções em transexuais, a questão do aborto e a da inseminação artificial. Em todos eles, como é óbvio, trata-se de disposição do próprio corpo, enquanto vivo o paciente.

Note-se que, no parágrafo único do citado art. 13, criou-se uma exceção à regra proibitiva, para permitir a disposição de órgãos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A esse respeito tem-se discutido a legalidade do contrato em que uma pessoa vejide órgãos a serem transplantados para um doente, como, por exemplo, um de seus rins. As opiniões divergem, algumas

#69

admitindo esse tipo de negócio, outras o repelindo, baseadas na idéia de que ele é imoral e colide com os bons costumes. A despeito

dessa divergência vê-se, nos jornais de todos os dias, tristes anúncios onde jovens, que se proclamam sadios e vigorosos

e sem quaisquer vícios, oferecem um de seus rins, ou a córnea de um de seus olhos, por preços fixos e determinados.

Examinemos, a seguir, as operações em que os pacientes são transexuais. Enquanto o homossexual é antes de mais nada um efeminado,

de certo modo resignado com seu gênero, o transexual, ao contrário, é um indivíduo de extrema inversão psicosexual, circunstância

que o conduz a negar o seu sexo biológico e a exigir a cirurgia de reajuste sexual, a fim de poder assumir a identidade

de seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico. Segundo definição dada por uma comissão de especialistas

arrolada pela Associação Paulista de Medicina, o transexual é um indivíduo com indicação psicosexual oposta aos seus órgãos

genéticos externos e com desejo compulsivo de mudança deles". Sua verdadeira ânsia é a modificação de seus genitais e substituí-los,

se possível, pelos genitais do sexo oposto.

Caso muito rumoroso, que se circunscreveu à órbita criminal, ocorreu na cidade de São Paulo, onde famoso cirurgião operou

e tratou de transexual, transformando-o praticamente em pessoa de outro sexo. Realmente, após extirpar seus órgãos masculinos,

o cirurgião, com uma excepcional habilidade, dotou-o de um corpo feminino, com seios e vagina, enfim, com o gesto e desenvoltura

de uma mulher. Usei o advérbio praticamente porque, como não podia deixar de ser, não se constituíram os órgãos internos,

como por exemplo o útero.

Verdade, entretanto, é que o Ministério Público, ao ter ciência do fato, denunciou o sábio cirurgião por crime de lesão

corporal de natureza grave, logrando obter, em primeira instância, sua condenação e a pena de detenção de dois anos, beneficiado

o réu com sursis por se tratar de primário. Felizmente o Tribunal de Apelação deu provimento ao recurso e entre as razões

de decidir houve o reconhecimento de que a vítima apresentava uma personalidade feminina, pensava como mulher, agia como

mulher e ao depor no processo revelou-se extremamente feliz com o resultado do tratamento que lhe havia devolvido seu verdadeiro

sexo.

#70

Talvez a grita suscitada por esse processo tenha sido a causadora do Projeto de Lei n.1.909-A, de 1979, aprovado pela Câmara, que acrescentava um § W" ao art. 129 do Código Penal, nos seguintes termos: "Art. 129, § 9-'. Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz".

A decisão do Congresso foi vetada pela Presidência da República.

O problema que se poderia propor, no campo específico do direito civil, seria o da liceidade de tais operações, diante da

regra do art. 13 do novo Código, que condiciona tal liceidade da intervenção cirúrgica ao fato de não importar em diminuição

permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Entretanto, parece-me que só quem tem legitimidade para

valer-se da ação de reparação de dano é o próprio paciente, que dispõe do próprio corpo, e parece evidente que, na hipótese

da operação ser satisfatória, a vítima da intervenção jamais ingressará no pretório.

Reflexão semelhante é cabível em matéria de aborto. Aqui não se discute se ele deve ou não ser admitido de jure condendo,

contudo deve-se ressaltar que, enquanto for considerado crime, ele representa ato não apenas contra os bons costumes, mas

contra a lei. Não obstante é difícil conceber ação de responsabilidade civil derivada de aborto, pois a vítima é necessariamente

a mulher que a ele se submeteu. Não se pode negar, entretanto, ao marido (digamos, até mesmo ao pai) o direito de reclamar

ressarcimento, se não se provar sua cumplicidade no ato criminoso. Há que se ter em vista que a eventual ação encontrará

sempre uma barreira: a parêmia *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Outro problema que se pode considerar conexo com o da disposição do próprio corpo, e ligado ao interesse da mulher cujo

ventre vai ser utilizado pelo feto, é o da inseminação artificial. Ao que eu saiba a única disposição legal sobre o assunto,

no direito brasileiro, vinha inserida no art. 53 do Código de Ética Médica, nestes termos:

"A inseminação artificial heteróloga não é permitida; a homóloga poderá ser praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges".

Portanto, obedecida a regra, na inseminação homóloga, ou seja, naquela feita com o sêmen do marido, a liceidade do procedimento

era incontestável e portanto nenhuma consequência legal dela derivava.

#71

A despeito da regra proibitiva, entretanto, é sabido que na realidade a inseminação mais freqüente é a heteróloga, pois

em geral o recurso a esse tipo de inseminação decorre justamente da impotência *generandi* do marido, que, por essa razão,

a aprova deliberadamente. Aliás, se se considera que a inseminação artificial heteróloga se faz às escondidas, e se encontra

largamente difundida entre nós, é de perguntar se a regra acima transcrita não é obsoleta e se não seria mais sábio permiti-la de maneira irrestrita, com a admissão de bancos de esperma que assegurassem o anonimato do fecundador. Não obstante, enquanto persistir a regra acima transcrita, a inseminação heteróloga viverá no campo da iliceidade. Problemas sérios poderão advir, tais como o da atuação ou não da presunção pater is est queur justae nuptiae dcrwiistrant ou o da condição do filho havido pela mulher casada na constância do casamento, se legítimo ou adúltero.

Questão mais séria, que deixo irrespondida, é a de saber se não haverá lesão a um direito da personalidade da mulher a quem se nega, ou se limita, o direito de procriar.

Se a lei é estrita, em matéria de disposição do próprio corpo, enquanto viva a pessoa humana, visto que condiciona a eficácia do ato a que não importe em diminuição permanente da integridade física ou não contrarie os bons costumes, é certo que ela permite essa disposição após a morte do paciente, se tiver por objetivo fins científicos ou altruísticos.

O Código não determinou forma especial para tais atos. Como a execução dos atos de disposição deve ser imediata, principalmente para os casos de transplante, qualquer documento escrito autorizará os sucessores a levá-la a efeito. O codicilo poderá ser utilizado para esse efeito.

30. Do tratamento médico

Declara o art. 15 do Código Civil que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Essa regra, que sob o ângulo do paciente se situa no campo dos direitos da personalidade, no campo da responsabilidade civil constitui um mandamento ao médico para que nos casos graves não atue sem expressa autorização do paciente.

Aliás, em rigor, as conseqüências jurídicas só virão a surgir se o médico desobedecer àquele mandamento, pois então, se efeitos danosos resultarem de sua atuação não autorizada, responderá por perdas e danos. Por conseguinte, é no 4-º volume desta obra, sobre a responsabilidade civil, que se estudará a responsabilidade dos médicos.

Como disse, a regra do art. 15 do Código consigna um direito da personalidade, pois assegura à pessoa humana a prerrogativa de recusar a submeter-se a um tratamento perigoso, se assim lhe aprouver. O problema pode surgir quando há urgência na intervenção e o paciente está inconsciente, ou a família, pietatis causa, não quer colocar o enfermo ao corrente da gravidade da moléstia.

Mas também aqui a questão terá repercussão somente no campo da responsabilidade.

31. Do direito ao nome

O nome representa, sem dúvida, um direito inerente à pessoa humana, portanto um direito da personalidade

#73

se mais nítida se manifesta na ação de investigação de paternidade, em que um dos efeitos da vitória é atribuir ao investigador

o nome do investigado, que até então lhe fora negado e que com a sentença lhe é deferido. Rubens Limongi França` dá exemplo de outras hipóteses em que há recusa do nome, daí resultando ação para o interessado.

Assim "a impugnação por parte de uma repartição pública, da assinatura formada por esse nome; a obstinação de um editor

em mal ortografar esse nome na capa das obras do seu titular; o ato de um jornalista que desfigura esse nome em seus artigos

ou editoriais; a negação de um funcionário da Junta Comercial a fazer constar esse nome numa firma; o vandalismo de um malfetor

que arranca a placa da casa do titular, placa essa que continha o seu nome".

A matéria tem pouca repercussão prática e aparentemente a jurisprudência pátria é escassa em decisões sobre o assunto, pois

não encontrei, a respeito, qualquer julgado de instância superior.

Sendo o nome emanação da personalidade humana, a lei o protege vedando que ele seja usado para fins de publicidade comercial

sem autorização do seu titular, o que ocorre também com a imagem de uma pessoa, como veremos abaixo.

Assim na hipótese de uso não autorizado de nome alheio, abre-se para o titular o recurso à medida judicial para fazê-lo cessar

e ação para obter o pagamento do prejuízo experimentado.

Aliás e em rigor não é só para fins de propaganda comercial que o uso do nome alheio é vedado. Esse uso é permitido, sem

fins diretamente lucrativos, em várias hipóteses, dentre as quais se destacam as citações em obras culturais e científicas.

Mas aqui a citação de certo modo enaltece a pessoa referida, ainda no caso de críticas literárias desfavoráveis, se o intuito

não for o de achincalhar o criticado. Aliás o Código Civil é expresso ao vedar o uso do nome de uma pessoa em publicações

ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17).

32. Proteção à palavra e a imagem

O Código Civil de 1916 continha um capítulo denominado "Da propriedade literária, científica e

#74

artística" (arts. 649 a 673), inserido no livro dos direitos reais. Todavia a Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, regulando

toda a matéria a respeito de direitos autorais, revogou aquela parte do Código de 1916, pois em seu art. 134 só ressaltou

a vigência de normas da legislação especial que com ela fossem compatíveis. Ora, os preceitos do Código Civil representavam

normas gerais, portanto deixaram de vigorar. A Lei n. 5.988 foi revogada pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998,

que hoje disciplina toda a matéria de direitos autorais. Mas é óbvio que a palavra ou os escritos humanos, bem como a imagem de uma pessoa, constituem direitos da personalidade, pois é fora de dúvida que a parte lesada pelo uso não autorizado de sua palavra, ou de seus escritos, obtenha ordem judicial interditando esse uso e condenando o infrator a reparar os prejuízos causados. A mesma proibição abrange a imagem. O art. 20 do Código Civil, que trata da matéria, contém duas ressalvas. A primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; a segunda restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais. Enquanto a regra no respeitante aos escritos já se encontrava disciplinada minuciosamente no Código Civil de 1916, no capítulo acima referido, o direito à imagem em rigor não era cuidado especificamente, e, para protegê-lo, devia o intérprete, segundo a doutrina¹⁰⁰, procurar socorro no art. 666, X, posteriormente revogado pela Lei n. 9.610/98, que conferia à pessoa prejudicada com a reprodução de retratos, ou bustos de encomenda particular, a prerrogativa de opor-se à sua reprodução ou à sua pública exibição.

Hoje o aparelho fotográfico, munido de teleobjetiva, pode invadir a intimidade de alguém, colhendo fotografias a longa distância, e certamente ainda se encontra na memória de muitos a série de fotografias de um casal mundialmente conhecido que, em sua praia particular, se expunha ao sol e às ondas inteiramente nus. É manifesta a existência de um dano moral. Em casos iguais a esse, em que, visando lucro, se dá maliciosamente a público fotografias constrangedoras, parece-me que o juiz deve ser da maior severidade contra o autor do abuso, que não tem qualquer justificativa decente para seu comportamento.

#75

33. Proteção à intimidade

O uso do nome, da palavra, da imagem é um direito da personalidade, e a lei deve buscar um meio de protegê-los, pois lhe cabe proteger tudo que diz respeito à intimidade das pessoas. O Código Civil quer proteger todos os aspectos da intimidade da pessoa e o faz na regra geral do seu art. 21, nestes termos:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Até a promulgação da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, talvez se pudesse questionar sobre a proteção à honra, à intimidade e à imagem de uma pessoa, pois, como mostrei acima, tal proteção derivava de uma construção jurisprudencial.

A partir daquela data, contudo, tal proteção passou a emanar do art. 5-º, X, da Constituição. Transcrevo o preceito:

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Ora, se tais direitos são invioláveis, a invasão da intimidade, a ofensa à honra (cf. Constituição, art. 5º, X) ou a utilização não autorizada da imagem de alguém conferem, ao prejudicado, a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal e que o dano, material ou moral, porventura experimentado pela vítima, seja reparado por quem o causou.

#77

CAPÍTULO IV DA AUSÊNCIA SUMÁRIO:

34. Propositura do problema.
35. Da curadoria de ausentes.
36. Da sucessão provisória.
37. Da sucessão definitiva.
38. Limites, para efeito matrimonial, à presunção de morte do ausente.

34. Propositura do problema - Por vezes ocorre que uma pessoa desaparece do seu domicílio sem que dela haja notícia, sem que haja deixado representante ou procurador e sem que ninguém lhe saiba o destino ou paradeiro. Se essa pessoa - chamada ausente - tiver bens, surge o problema relativo ao destino de tais bens, quer tendo em vista o interesse do ausente e de seus herdeiros, quer tendo em vista o interesse da sociedade para quem o perecimento de tais bens, que são parte da riqueza social, não deixa de se manifestar inconveniente. Duas atitudes são possíveis em face da ausência. A primeira, ditada pela possibilidade de o ausente estar vivo, se revela pela necessidade de lhe preservar os bens, tendo em vista a defesa de seu interesse; a segunda, encarando a possibilidade de o ausente ter falecido, visa atender o interesse de seus herdeiros, que, por sua morte, teriam se tornado senhores de seu patrimônio.

#78

Mas, quer esteja ele vivo, quer esteja morto, é importante considerar o interesse social de preservar seus bens, impedindo que se deteriore, ou pereçam. Tendo em conta essas razões, o ordenamento jurídico toma posição diante do problema da ausência, procurando, de início, preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno; ao depois, transcorrido um período de tempo, sem que o ausente regresse, o legislador, desacoroçado de esperar sua volta, passa a cuidar do interesse de seus

herdeiros.

Aliás, examinando a lei, vê-se que o critério do legislador varia de maneira marcada à medida que a ausência se prolonga, caracterizando três posições diversas.

De início, o legislador supõe transitório o desaparecimento da pessoa em causa e as medidas que toma visam preservar o patrimônio do ausente, para o caso de sua volta, sempre iminente; é a fase da curadoria do ausente. Todavia, à medida que o tempo passa, menos provável se torna o regresso da pessoa desaparecida e mais veemente se manifesta a possibilidade de o ausente ter morrido. Sua volta, embora plausível, torna-se improvável. Então o legislador, contemplando tal circunstância, propende menos a proteger o interesse do ausente do que o de seus sucessores; é a fase da sucessão provisória. Finalmente, se transcorre um considerável período de tempo sem que o ausente volte, seu retorno se torna cada vez mais problemático, acentuando-se a probabilidade de ele haver perecido, de modo que, sempre contemplando a possibilidade remota de seu regresso, atende a lei principalmente ao interesse de seus herdeiros e a estes defere a sucessão definitiva.

35. Da curadoria de ausentes

Desaparecendo uma pessoa de seu domicílio, sem que haja notícia, se não houver deixado representante,

ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, os arrecadará, nomeando curador para administrá-los".

O art. 579 do Código de Processo Civil de 1939, que cuidava dos bens de ausentes, criava para o juiz o dever de arrecadar os bens de ausentes, na forma determinada para arrecadação dos bens de defuntos.

Poy i is or MIRAW (Conunário> ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1949, obs. 5 ao art. X79) ensina que o juiz, procede de ofício, ou por provocação de interessados, incluído o órgão do Ministério público.

#79

O propósito é o de preservar tais bens, não permitindo que eles pereçam; ao mesmo tempo que se procura mantê-los em regime ordinário de produção.

O curador escolhido será o cônjuge do ausente, sempre que dele não esteja judicialmente separado, ou seu companheiro ou companheira, se a ausência ocorrer durante a vigência da união estável. Em falta dessas pessoas, o juiz confiará o encargo ao pai, mãe ou aos descendentes da pessoa desaparecida, obedecendo a essa ordem; entre os descendentes os mais vizinhos preferem aos mais remotos. Na falta dessas pessoas, compete ao juiz escolher o curador (CC, art. 25).

Feita a arrecadação, empossado o curador, o juiz ordenará a publicação de editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, editais que convocam o ausente para retomar a posse do seu patrimônio.

Não acudindo o ausente ao fim do prazo de um ano, a partir da publicação do último edital (ou de três anos, se houver deixado procurador), a probabilidade de que tenha efetivamente falecido aumenta, de sorte que a posição do legislador, que até agora só tinha em vista o interesse do desaparecido, de certo modo se altera, pois passa a considerar também o interesse dos sucessores do ausente, permitindo que requeiram a abertura da sucessão provisória.

36. Da sucessão provisória

Transcorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, a probabilidade de retorno deste se

reduz. Afinal, o seu desaparecimento não é recente e, a despeito de reiteradamente convidado a se apresentar, o ausente declinou de fazê-lo. Assim, convém que se comece a ter em vista não apenas o interesse do desaparecido, que provavelmente está morto, mas também o de terceiros, a saber, o de seu cônjuge, de seu companheiro, de seus her

deiros e de pessoas com quem ele eventualmente viesse mantendo relações negociais.

Partindo de considerações dessa ordem, permite o legislador que os interessados requeiram a abertura provisória de sua sucessão, como se o ausente fosse falecidos'.

O vigente Código de Processo Civil cuida da matéria em seus arts. 1.159 e seguintes e mais precisamente sobre arrecadação

em seu art. 1.760. 86. Dispõe o art. 1.164 do Código de Processo Civil:

#80

São pessoas legitimadas para formular tal pedido (CC, art. 25):

11) O cônjuge não separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos, pois é de seu interesse proceder ao inventário e à partilha para caracterizar seu quinhão no patrimônio do casal, ou para entrar na posse do espólio, em caso de ser herdeiro.

b) O companheiro ou companheira, durante a vigência da união estável, em virtude de sua condição de herdeiro (Lei n. 8.971/94).

Todavia, se em face do longo desaparecimento é mais provável que o ausente esteja morto, a hipótese contrária não é, de qualquer maneira, desprezível, de modo que o legislador, embora defira aos interessados a possibilidade de pleitearem a abertura da sucessão provisória, encara como plausível o retorno do ausente; e, para deixar assegurados seus direitos, na hipótese de isso ocorrer, prescreve severas medidas, capazes de garantir a restituição de seus bens, em caso de regresso.

Assim:

a) A sentença que determina a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito seis meses depois de publicada pela imprensa.

Tratase de um prazo suplementar concedido ao ausente, que talvez agora, ao ter ciência das conseqüências mais amplas de seu silêncio, resolva aparecer.

b) Procedese à partilha dos bens do ausente. Mas os herdeiros imitidos na posse dos mesmos darão garantias de sua restituição,

mediante penhores ou hipotecas, equivalentes aos quinhões respectivos. O Código Civil de 2002, no § 2º do art. 30, dispensa os ascendentes, os descendentes e o cônjuge da oferta de garantia para entrar na posse da herança. Os demais herdeiros são obrigados a dar a garantia e se não o fizerem não entrarão na posse dos bens que lhes competirem, os quais ficarão sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz e que preste essa garantia.

c) É vedada a venda de bens imóveis do ausente, exceto em caso de desapropriação, ou então por ordem judicial para lhes evitar a ruína, ou, quando convenha, para convertê-los em títulos da dívida pública. "Art. 1A04. O interessado, ao, requerer a abertura da sucessão provisória, pedirá a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador e, por editais, a dos ausentes para oferecerem artigos de habilitação'.

#81

d) As rendas produzidas pelos bens do ausente pertencem, na sua totalidade, aos seus herdeiros, se se tratar de ascendentes, descendentes, cônjuges ou companheiros. Todavia, se a sucessão for deferida a outros herdeiros, estes só terão direito à metade da renda em questão. A outra metade deve ser poupada para ser entregue ao ausente, caso ele retorne.

A lei determina que tais herdeiros deverão capitalizar a metade desses frutos e rendimentos em imóveis e em títulos da dívida pública, competindo-lhes, ainda, o dever de prestar contas, anualmente.

Note-se que todas essas medidas se inspiram na idéia da possível volta do desaparecido e no propósito de lhe assegurar a devolução de seus bens.

37. Da sucessão definitiva - Se após a abertura da sucessão provisória transcorrerem dez anos", sem que o ausente retorne;

ou então, se o ausente conta 80 anos de idade e de cinco datam as últimas notícias suas, a probabilidade de que tenha falecido é imensa, sendo reduzidíssima a possibilidade de seu retorno.

Isso posto, o legislador abandona a posição de preocupação com o interesse do ausente, para atentar principalmente para

o interesse de seus sucessores, de modo que confere aos interessados a prerrogativa de pleitearem a transformação da sucessão

provisória em definitiva, o que se dá pelo levantamento das cauções prestadas e das demais restrições acima apontadas.

Pode-se dizer que tal sucessão é quase definitiva, pois a lei ainda admite a hipótese, agora remotíssima, de retorno do

ausente. E ordena que, se o ausente reaparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, haverá ele só os

bens existentes e no estado em que se encontrarem.

Se tais bens tiverem sido alienados, o ausente haverá o preço que os herdeiros e demais interessados tiverem por eles recebido.

Se, por ordem judicial, houverem sido vendidos os bens do ausente e convertido o produto da venda em imóveis ou títulos

da dívida pública, opera-se, na hipótese, a sub-rogação real, ou seja, os bens adquiridos tomam o lugar, no patrimônio do

ausente, dos bens que

#82

foram alienados para com seu produto adquirir aqueles. *lu judieis universalibus res succedit in loco pretü et pretium in*

loco rei; o que vale dizer que ao ausente devem ser entregues, no estado em que se encontrarem, os bens sub-rogados.

Art. 39. Regressando o ausente nos dez dias seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou

ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu litigar, ou

o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

Essa é a regra do Código Civil de 2002.

38. Limites, para efeito matrimonial, e presunção de morte do ausente

O art. 315 do Código de 1916, que cuidava da dissolução

da sociedade conjugal, em seu parágrafo único determinava que o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges,

não se aplicando a presunção estabelecida no Código, art. 10, segunda parte. O art. 10 presumia a morte do ausente, após

a abertura da sucessão definitiva. De modo que, entre nós, no regime do Código de 1916 e antes da revogação do art. 315

pela Lei do Divórcio, a despeito de a ausência se estender por dez ou por vinte anos, o cônjuge do ausente não se desimpedia

para convolação de novas núpcias.

Essa solução, decerto a mais lógica dentro de um sistema antiodivorcista como era o nosso, talvez não fosse a mais conveniente,

por trazer irreparável dano ao cônjuge do ausente.

O problema era menos grave nos países onde a ausência ensejava o divórcio. A solução do Código suíço, embora não se possa

situar precisamente nesses termos, reflete sua simplicidade.

O art. 102 daquele Código determina que o cônjuge do ausente não pode contrair novo casamento antes da dissolução do precedente.

Mas pode pleitear a dissolução de seu casamento ao mesmo tempo que pleiteia a declaração de ausência, ou separadamente.

Aplica-se, nessa matéria, o processo de divórcio.

Qual a solução no direito brasileiro antes e depois do Código de 2001?

Após a promulgação da Constituição de 1988, cujo art. 226, § 6º, possibilitou o divórcio direto após a separação de dois

anos, a solução no Brasil parecia simples. Dois anos após o desaparecimento do

#83

ausente, pode o seu cônjuge, provando tal fato, requerer e obter o divórcio. Assim poderá, se o quiser, se recasar. Como se

verá, essa solução ainda é válida em nossos dias.

Solução curiosa é a do Código italiano. Determina que, transitada em julgado a sentença que declara a morte presumida do

ausente, seu cônjuge pode contrair novo matrimônio. Tal matrimônio, entretanto, é nulo se o ausente retorna ou se se verifica

sua sobrevivência. Apesar de nulo, este segundo casamento gera todos os efeitos civis, como casamento putativo. A nulidade não será pronunciada em caso de morte do ausente, ainda que se apure ter esta ocorrido após a realização do segundo matrimônio.

O Código alemão, hoje (v. lei do casamento de 20-2-1946), no entanto, não obstante mais antigo, apresenta a melhor, se bem que a mais audaz, solução. Se o ausente é declarado morto, seu cônjuge pode contrair novo matrimônio, e este não é considerado nulo pelo fato de se apurar que aquela morte incorreu, a menos que os nubentes tivessem ciência de tal circunstância. O novo matrimônio dissolve o antigo (art. 1.348).

Assim, apesar de se verificar estar vivo o ausente, o segundo casamento é que prevalece; e somente os novos esposos, juntos ou separadamente, podem promover a anulação daquele enlace, e assim mesmo se não houverem tido ciência de que o ausente não havia morrido.

A ação de anulação é inadmissível quando o consorte que a pode intentar ratifica o segundo casamento após ter tido conhecimento da sobrevivência do ausente, ou quando o novo casamento foi dissolvido por morte de um dos cônjuges (art. 1.350).

Essa solução, embora impetuosa, é a que mais se acomoda à realidade e ao interesse social, pois, se em virtude da ausência, se estabeleceu uma nova família, assentada em novo matrimônio, que resultou satisfatório para os cônjuges, é irrazoável que por mero amor à lógica se dissolva esse conúbio e se destrua aquela família, para tentar restabelecer uma ligação de que o tempo tirou toda a realidade.

Hoje é o dispositivo vigente e consagrado pelo novo Código Civil. Ei-lo:
Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges;

#85

CAPÍTULO V DAS PESSOAS JURÍDICAS SUMÁRIO:

39. Nota introdutória ao título "Das Pessoas jurídicas".
40. Propositura do problema e tentativa de conceituar as pessoas jurídicas.
41. Sua origem e natureza jurídica.
42. Classificação das pessoas jurídicas.
43. Dos requisitos para a existência legal das pessoas jurídicas.
44. Da capacidade e representação das pessoas jurídicas.
45. Da responsabilidade das pessoas jurídicas.
46. Eventual possibilidade de desprezar-se a personalidade jurídica. Disregard theory.
47. Da extinção das pessoas jurídicas.
48. Das fundações.

39. Nota introdutória ao título "Das Pessoas Jurídicas"
Como vimos (supra, n. 14), o Código Civil de 2002 divide o Livro

1, "Das Pessoas", em três títulos, o primeiro dedicado à disciplinação das regras referentes à pessoa natural, o segundo relativo às disposições sobre a pessoa jurídica, e o terceiro, ao domicílio. Examinamos até agora o primeiro desses títulos, o referente à pessoa natural. Passemos, portanto, à análise do Título 11, sobre as pessoas jurídicas. Esse título, por sua vez, reparte-se em três capítulos: o primeiro, disposições gerais, contém regras sobre as várias espécies de pessoas jurídicas, sobre os fatos que lhes dão nascença, sua administração e sua dissolução; no Capítulo 11 editam-se regras sobre associação, ou seja, sobre aquela reunião de pessoas que se organizam sem fins lucrativos; e finalmente o terceiro capítulo sobre as fundações.

40. Propositura do problema e tentativa de conceituar as pessoas jurídicas

Já vimos que não há direito sem sujeito. Vimos, igualmente, que o direito tem por escopo proteger os interesses humanos, de modo que numa relação jurídica há sempre um titular do direito, que é o homem.

Observando, entretanto, o que acontece na vida cotidiana, impõe-se reconhecer que algumas relações há nas quais o ser humano,

#86

diretamente, não figura. Num contrato, por exemplo, entre o Banco do Brasil e a Santa Casa de Misericórdia, podem surgir relações de débito e crédito em que tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo da obrigação não são diretamente seres humanos, mas essas instituições. Aliás, em todos os campos da atividade humana, encontramos entes dessa espécie participando da vida dos negócios, figurando como titulares de direitos e obrigações, atuando ao lado da pessoa física.

Na grande maioria dos casos, tais entes são constituídos pela união de alguns indivíduos; mas o que parece inegável é que

a personalidade destes não se confunde com a daqueles, constituindo, cada qual, um ser diferente. Assim, o acionista de

uma organização bancária não se confunde com esta; o sócio de um clube esportivo tem personalidade diferente da associação;

o cotista de uma sociedade limitada é um ser distinto da referida sociedade.

A esses seres, que se distinguem das pessoas que os compõem, que atuam na vida jurídica ao lado dos indivíduos humanos e

aos quais a lei atribui personalidade, ou seja, a prerrogativa de serem titulares do direito, dá-se o nome de pessoas jurídicas,

ou pessoas morais.

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica,

com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem

civil.

Veremos que o fato de sua existência não desmente aquela afirmativa acima formulada, segundo a qual o escopo do direito

é a proteção dos interesses humanos, pois é com esse intuito que a lei empresta, às pessoas jurídicas, capacidade para serem titulares de direitos.

41. Sua origem e natureza jurídica

A pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana. Frequentemente o homem não encontra em si forças e recursos necessários para uma empresa de maior vulto, de sorte que procura, estabelecendo sociedade com outros homens, constituir um organismo capaz de alcançar o fim almejado. Por vezes a finalidade que o move não tem intuídos econômicos, e os indivíduos se associam para se recrear, ou para se cultivar, ou para praticar a caridade, a assistência social, ou mesmo para, juntos, cultuar seu deus. Uma associação nasce, ganha vida e personalidade, sobrelevando-se aos indivíduos que a compõem.

#87

Ainda, algumas vezes, alguém destaca de seu patrimônio uma porção de bens livres, destinando-os a um fim determinado. Tal patrimônio separado vai ser administrado e gerido tendo em vista aquele escopo em questão. Como a lei lhe confere personalidade, se submeter-se a certas formalidades, surge uma pessoa jurídica, isto é, uma fundação. Em todos os três casos um novo ser ingressa na vida jurídica. Em todos os três existe, como elemento subjacente da pessoa moral, um interesse humano a ser alcançado.

A existência desses seres provocou, naturalmente, certa perplexidade nos juristas, ansiosos de lhes descobrirem a natureza jurídica. E mais de uma dezena de teorias foram elaboradas, cada qual procurando justificar e explicar a existência de referidas instituições. Merecem maior destaque dentre essas teorias": a) a da ficção legal; b) a da pessoa jurídica como realidade

objetiva; c) a da pessoa jurídica como realidade técnica; d) a institucionalista, de Hauriou.

a) A teoria da ficção legal, que desfrutou largo fastígio no século XIX, e encontra seu principal defensor em Savigny"y,

sustentava que a personalidade jurídica decorria de uma ficção da lei. Enquanto a personalidade natural é uma criação da

natureza e não do direito, a personalidade jurídica somente existe por determinação da lei'O.

Essa mesma idéia se encontra, de certo modo, repetida na obra de seus afamados adeptos".

Windscheid é categórico ao ensinar que a

#88

pessoa jurídica não tem existência real, mas apenas intelectual, sendo certo que a lei, por ficção, lhe atribui existência.

b) A teoria da pessoa jurídica como realidade objetiva, de procedência

germânica (Gierke e Zitelmann), representa uma reação contra a anterior. Sustenta que a vontade, pública ou privada, é capaz

de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta da de seus

membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro 92. A

idéia básica dessa teoria é que as pessoas jurídicas, longe de serem mera ficção, são uma realidade sociológica, seres com

vida própria, que nascem por imposição das forças sociais.

c) Segundo a teoria da pessoa jurídica como realidade técnica, a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos⁹³.

O Estado, as associações, as sociedades existem; uma vez que existem não se pode concebê-los a não ser como titulares de direitos. A circunstância de serem titulares de direito demonstra que sua existência não é fictícia, mas real. Apenas, tal realidade é meramente técnica, pois, no substrato, visa à satisfação dos interesses humanos. É, como dizem Planiol e Ripert, tecnicamente útil aos homens, no seu interesse, criar seres nos quais farão repousar direitos que a final se destinam a beneficiar os próprios homens⁹⁴.

d) Segundo a teoria institucionalista de Hauriou, uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce.

#89

A constituição de uma instituição envolve: uma idéia que cria um vínculo social, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim; e uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução do fim comum. A instituição tem uma vida interior representada pela atividade de seus membros, que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre os órgãos diretores e os demais componentes, fazendo, assim, com que apareça uma estrutura orgânica. Sua vida exterior, por outro lado, manifesta-se por meio da sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a idéia comum. Quando a instituição alcança certo grau de concentração e de organização torna-se automaticamente pessoa jurídica ¹⁵.

Estas são umas poucas das numerosas teorias apresentadas pelos juristas, para justificar a existência e explicar a natureza da pessoa jurídica.

Furto-me de criticá-las, porque me parece que cada qual, de certo modo, oferece um adminículo para melhor compreensão do fenômeno. Talvez seja mais relevante encarar o problema objetivamente, para verificar, a título de conclusão provisória sobre o assunto, que tais instituições existem efetivamente. Ninguém nega que elas atuam na vida jurídica e que, através de sua vontade, numerosos negócios jurídicos se aperfeiçoam; ninguém nega que o Estado as reconhece, as tributa, as aciona, quando necessário. Portanto, a única afirmação definitiva que se formula consiste em tal juízo de existência. Aliás, poder-se-ia pensar - e esta é uma frase de Planiol e Ripert - que a validade da discussão sobre a natureza da pessoa jurídica é de menor relevo, porque as diferenças de concepção não influem jamais sobre as soluções positivas que a lei fornece".

De qualquer modo, entretanto, para o direito brasileiro tais entes têm realidade objetiva, pois a lei assim o diz. De fato, o art. 45 do Código Civil determina que começa a existência legal das pessoas jurídicas pela inscrição de seus contratos

no seu registro peculiar; o art. 20 do Código de 1916 proclamava que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros; e o art. 21 enumerava as hipóteses em que termina a existência dos entes morais.

42. Classificação das pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas podem ser classificadas tendo em vista sua estrutura ou a órbita de sua atuação.

Sob o primeiro aspecto poderíamos agrupar: a) as que têm como elemento subjacente o homem, isto é, as que se compõem pela reunião de pessoas, tais como as associações e as sociedades - *universitas persotlarum*; b) as que se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim, isto é, as fundações - *universitas bonorum*.

Sob o segundo aspecto - órbita de sua atuação -, as pessoas jurídicas podem ser de direito público externo (tais as várias nações, a Santa Sé, a Organização das Nações Unidas) ou interno (tais a União, os Estados, o Distrito Federal e cada um dos Municípios legalmente constituídos)¹⁷ e de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito privado vêm enumeradas no art. 44 do Código Civil. São as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações, as sociedades mercantis.

Como as sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais, este trabalho só terá em vista as sociedades e associações civis, afastando, assim, o exame das pessoas jurídicas de direito público e das que têm finalidade mercantil.

Podemos distinguir, ainda, dentre as pessoas jurídicas de direito privado, de um lado, as associações, isto é, os agrupamentos de indivíduos sem finalidade lucrativa, como os clubes esportivos, os centros

#91
culturais, as entidades pias etc., e, de outro, as sociedades, isto é, os agrupamentos individuais com escopo de lucros".

43. Dos requisitos para a existência legal das pessoas jurídicas

A existência, perante a lei, das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro público peculiar⁹.

Note-se, desde logo, a distinção entre a existência no plano do direito e a existência no plano dos fatos. Se a lei declara que a existência no plano do direito se inicia com a inscrição dos estatutos no registro peculiar, é porque, naturalmente, admite que exista no campo material uma organização subjacente, representada por um agrupamento de pessoas buscando um fim comum, ou por um patrimônio separado, voltado a determinada destinação. Portanto, a compor a idéia de pessoa jurídica encontram-se

dois elementos: o material, representado quer pela associação de pessoas (preexistente), quer por um patrimônio destinado a um fim, e o jurídico, constante da atribuição de personalidade, que decorre de uma determinação da lei, e cuja eficácia advém da inscrição dos estatutos no registro peculiar.

#92

Antes da inscrição a pessoa jurídica pode existir no campo dos acontecimentos, mas o direito despreza sua existência, nega-lhe personalidade civil, ou seja, nega-lhe a capacidade para ser titular de direitos. O que faz com que a pessoa moral ingresse na órbita jurídica é o elemento formal, representado pela inscrição no registro competente^{10º}.

O próprio ordenamento jurídico, não obstante, não pode ignorar a existência de fato da pessoa moral, antes de seu registro.

Assim, embora não lhe prestigie a existência, atribui alguma conseqüência a tal organismo. Com efeito, dispunha o § 2º do art. 20 do Código Civil de 1916:

"§ 1º As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos".

Para se proceder ao registro de uma pessoa jurídica de direito privado, de natureza civil, apresentam-se dois exemplares do jornal oficial em que houverem sido publicados os estatutos, contratos ou outros documentos constitutivos ao cartório competente (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 121; Dec.-Lei n. 9.085, de 25-3-1946), além de um exemplar destes, quando a publicação não for integral.

É mister que no documento figure, para ser pelo oficial declarado no livro competente:

- I - a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração;
- II- o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- III- se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo;

#93

- IV - se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;
 - V - as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino de seu patrimônio;
 - VI - os nomes dos fundadores, ou instituidores, e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do representante dos exemplares (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 120, I a VI).
- Uma vez procedida tal inscrição a pessoa jurídica está apta a agir como sujeito de direitos e obrigações na ordem civil.

44. Da capacidade e representação das pessoas jurídicas

Com efeito, no momento em que a pessoa jurídica registra seu

contrato constitutivo, adquire personalidade, isto é, capacidade para ser titular de direitos. Naturalmente ela só pode ser titular daqueles direitos compatíveis com a sua condição de pessoa fictícia, ou seja, os patrimoniais. Não se lhe admitem os direitos personalíssimos. Todavia, o art. 52 do Código Civil declara aplicar-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção aos direitos da personalidade. Para exercer tais direitos, para atuar na vida cotidiana, a pessoa jurídica recorre a pessoas físicas que a representam.

Isso vinha expresso no art. 17 do Código Civil de 1916:

"Art. 17. As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem

os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores".

O Código atual, contudo, dispensou-se de repetir tal regra, pela sua obviedade. Não

obstante, parte do pressuposto que ela

existe, pois seu art. 46, que cuida dos requisitos para o registro das pessoas jurídicas, reclama que ele declare:

o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.

E aqui é o momento para se registrar uma inovação trazida pelo Código de 2002 - a regra do art. 50 do novo diploma, que

transcrevo:

#94

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial,

pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos

de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da

pessoa jurídica.

Ver o parágrafo intitulado Eventual possibilidade de desprezar-se a personalidade jurídica.

"Disregard theory" (infra, n.

46)- a que remeto o leitor. Esse parágrafo foi ligeiramente emendado após a publicação do Código de 2001.

O Código de Processo Civil, em seu art. 12, VI, regula a representação em juízo das pessoas jurídicas.

Agindo em nome da sociedade e tendo a pessoa jurídica existência distinta da dos seus membros, o ato do representante a

vincula, enquanto o representante atuar dentro dos poderes que o ato constitutivo lhe confere. Ultrapassados tais poderes,

exime-se a sociedade da responsabilidade, cabendo ao representante que exorbitou responder pelo excesso. Aliás os prejudicados

que sofrerem danos numa operação dessa ordem só podem atribuir à sua própria culpa o prejuízo experimentado, pois ele adveio

de sua negligência; caso contrário tê-lo-iam evitado, examinando no registro público a extensão dos poderes do representante.

45. Da responsabilidade das pessoas jurídicas

A pessoa jurídica é responsável na órbita civil, contratual e extracontratual.

Quanto à responsabilidade contratual, a matéria é pacífica, e, desde que se torne inadimplente, sua responsabilidade emerge, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Todavia, será igualmente responsável a pessoa jurídica no campo extracontratual? Sob um aspecto lógico, parecem ter razão aqueles que respondem negativamente. Na realidade quem pratica o ato ilícito não é a pessoa jurídica, mas seu representante.

Ora, é evidente que este não atuou munido de poderes para praticar ato ilícito, pois seu mandato decerto não lhe confere a prerrogativa de agir com dolo ou culpa. De maneira que, encarado o problema por esse ângulo, seria o representante, e não a instituição, o responsável.

A lei anterior, ao cuidar da responsabilidade civil, referia-se apenas às pessoas jurídicas que exercem a exploração industrial, e parece-me

#95

que, nessa expressão, queria incluir aquelas que têm finalidade lucrativa.

Com efeito, o art. 1.522 do Código Civil de 1916 determinava que as pessoas jurídicas que exercessem exploração industrial

estavam abrangidas pelo art. 1.521. Este último dispositivo tratava da responsabilidade por atos de terceiros, de sorte

que, aparentemente, a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de seus representantes é a mesma que a do patrão por

ato de seu empregado, a do comitente por ato de seu preposto, ou a do amo por ato de seu serviçal.

Apenas o art. 1.523 do Código Civil de 1916 diminuía a eficácia dos arts. 1.521 e 1.522, ordenando que as pessoas ali mencionadas

só seriam responsáveis, provando-se que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. De sorte que as

pessoas jurídicas com fim lucrativo só seriam responsáveis pelos atos ilícitos praticados por seus representantes provando-se

que concorreram com culpa para o evento danoso. Tal culpa poderia configurar-se quer na eleição de seus administradores,

quer na vigilância de sua atividade.

Todavia, circunstâncias várias provocaram uma evolução na interpretação do art. 1.523 do Código Civil de 1916 e uma jurisprudência

torrencial orientava-se no sentido de reverter o ônus da prova criado por esse artigo".

Com efeito, essa jurisprudência, em vez de reconhecer a obrigação da vítima de demonstrar a culpa do patrão, do amo, do

comitente etc., criava uma presunção de culpa, de onde decorre que seriam aquelas pessoas que deveriam provar sua não-culpa.

A idéia naturalmente se aplicava às pessoas jurídicas. De modo que, até a vigência do Código de 2002, quando pessoa jurídica

de finalidade lucrativa causasse dano a outrem por ato de seu representante, surgia uma presunção juris tantum de culpa in eligendo e in vigilando,

que precisava ser destruída pela própria pessoa jurídica, sob pena de ser condenada solidariamente à reparação do prejuízo.

O Código Civil de 2002 não contém regra equivalente à do art. 1.522 do anterior, de maneira que a presunção de culpa dos administradores não mais milita.

#96

Hoje, a meu ver, a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de seus administradores, quer se trate de sociedades, quer de associações, só emerge se o autor da ação demonstrar a culpa da pessoa jurídica, quer in vigilando, quer in eligendo.

46. Eventual possibilidade de desprezar-se a personalidade jurídica. "Disregard theory"

Como vimos acima (supra, 41), a pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana, pois o homem, isolado, por vezes se encontraria na impossibilidade de levar a efeito os gigantescos desafios que a vida moderna lhe propõe 1,12. De modo que o ordenamento jurídico, conferindo-lhe personalidade diversa daquela dos membros que a compõem, permite e mesmo encoraja sua atuação na órbita civil.

Como em toda parte do mundo, as pessoas jurídicas sob a forma de sociedade por ações se difundiram enormemente, inclusive

sob a forma de sociedades holding, cujo escopo primeiro é ocultar os verdadeiros proprietários dos bens. Essas sociedades

holding, em que os bens de pessoa física passam para a pessoa jurídica, que é apenas titular das ações ou das quotas da

empresa, se apresentam alguns inconvenientes, oferecem vantagens para seus titulares, principalmente no que concerne a impostos

de transmissão causa mortis e mesmo no que diz respeito a transmissão de bens em geral.

A possibilidade que tais sociedades oferecem, de ocultar a pessoa do verdadeiro

proprietário dos bens, provocou, em alguns

países, uma reação da doutrina e da jurisprudência, visando pôr termo aos abusos que esta prática propiciaria¹⁰¹.

Essa concepção desenvolvida por alguns tribunais americanos e alemães é conhecida naquele primeiro país pela denominação

de disregard theory ou disregard of the legal entity, ou ainda pela locução lifting the corporate veil, ou seja, erguendo-se

a cortina da pessoa jurídica. O que pretendem os adeptos dessa doutrina é justamente permitir ao juiz erguer o véu da pessoa

jurídica, para verificar o jogo de interesses que se estabeleceu em seu interior, com o escopo de evitar o abuso e a fraude

que poderiam ferir os direitos de terceiros e o Fisco. Assim sendo, quando se recorre à ficção da pessoa jurídica para enganar

#97

credores, para fugir à incidência da lei ou para proteger um ato desonesto, deve o juiz esquecer a idéia de personalidade jurídica

para considerar os seus componentes como pessoas físicas e impedir que por meio do subterfúgio prevaleça o ato fraudulento".

Talvez seja essa idéia a inspiradora do art. 50 do Código Civil de 2002, já transcrito acima (n. 44).

Essa idéia, de desprezo à personalidade jurídica, hoje se encontra abraçada pelo direito positivo nacional, em casos específicos.

Assim, por exemplo, no caso de responsabilidade do produtor pelo fato do produto, consignado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990). Esse diploma, em seu art. 28, autoriza o juiz a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito etc., donde resulte prejuízo para o consumidor.

Embora me pareça útil a eventual invocação dessa concepção, mesmo fora dos casos em que a lei o ordena, acho que ela só deve ser em hipóteses excepcionais, pois, caso contrário, se passasse a ser procedimento rotineiro, iria negar-se vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, consagrado no art. 20 do antigo Código Civil, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros.

47. Da extinção das pessoas jurídicas

O Código Civil de 1916 contemplava os casos de término da existência da pessoa jurídica, em seu art. 21, que dizia:

"Art. 21. Termina a existência da pessoa jurídica:

I- pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da minoria e de terceiros;

II- pela sua dissolução, quando a lei determine;

III- pela sua dissolução em virtude de ato do Governo, que lhe cesse a autorização para funcionar, quando a pessoa jurídica

incorra em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público".

#98

O Decreto-Lei n. 9.085/46 trata da proibição de se registrarem pessoas jurídicas e de sua dissolução, se já registradas,

quando têm por objeto fins ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade,

à ordem pública ou social, à moral ou aos bons costumes.

Quando se trata de pessoa jurídica com finalidade lucrativa, nenhum problema surge quanto ao destino de seus bens. Eles

são repartidos entre os sócios, pois o lucro constitui o próprio objeto que os reuniu.

Entretanto, nas associações sem fim lucrativo, seus componentes, por definição mesmo, não visavam a proveitos materiais.

Qual o destino do patrimônio da pessoa jurídica que se dissolve?

Em primeiro lugar deve-se atentar para o que dizem os estatutos. Se estes forem silentes, deve-se examinar se os sócios

adotaram alguma deliberação eficaz sobre a matéria. Se eles nada resolveram, ou se a deliberação for ineficaz, devolver-se-ii

o patrimônio a um estabelecimento público congênera ou de fins semelhantes (CC, art. 61).

Se, porém, no Município ou no

Estado, no Distrito Federal ou no Território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve a sua sede, inexistirem

estabelecimentos nas condições indicadas, o patrimônio passará à Fazenda Pública (CC, art. 61, § 2º).

48. Das fundações

Ao lado das associações e das sociedades, o art. 44 do Código Civil incluiu, entre as pessoas jurídicas

de direito privado, as fundações. Assim procedendo (e o fez nas pegadas do legislador germânico), pôs termo a uma séria controvérsia, que logo mais será examinada.

Fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio". Trata-se de patrimônio que se destina a determinada finalidade.

A lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade a esse acervo de bens, ou seja, atribui-lhe a capacidade para ser titular de direitos").

#99

Do exame do art. 62 do Código Civil vê-se que esses dois elementos, patrimônio e fim, são os elementos de fato que constituem

o substrato da idéia de fundação. A lei, como disse, cumpridos certos requisitos, empresta-lhe a personalidade jurídica.

Com efeito, para criar uma fundação, seu instituidor fará a dotação de bens livres, especificando o fim a que destina. A

instituição deve ser ultimada por escritura pública ou testamento. Posto isso, aquele a quem o instituidor cometer a aplicação

do patrimônio elaborará os estatutos da fundação projetada, submetendo-os à autoridade competente, isto é, ao órgão do Ministério

Público. Aprovados por este, os estatutos deverão ser registrados na forma do art. 45 do Código Civil, e nesse momento adquire, a fundação, personalidade (CPC, arts. 1.199 e s.).

Trata-se, portanto, de uma universalidade de bens - universitas bonorum - a que a lei atribui personalidade jurídica. Ora,

tal asserção deve, naturalmente, provocar alguma perplexidade, porque os bens, via de regra, são objetos de direito, e não

sujeitos de direito. Se o direito tem por escopo proteger os interesses humanos, é de certo modo ilógico imaginar a atribuição

de personalidade a um acervo de bens. Todavia, a objeção pode ser contornada se considerarmos que, embora a fundação consista

num patrimônio, a sua instituição almeja atingir a satisfação de algum interesse humano. O Código Civil, incluindo as fundações entre as pessoas jurídicas, pôs termo a um

problema que provocou larga controvérsia

alhures: o de saber como atribuir personalidade jurídica a tais instituições quando não houver texto expreso 1117.

"Fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade" ou "é um patrimônio transfigurado

pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado" (Teoria geral..., cit.).

Sobre o histórico e o conceito de fundação, cf. esplêndido trabalho de C[i]_so NEVES "Notas a propósito de fundações", in

Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 69. Diz HALy'I.MAVI GUIMARÃES:

"Trata-se de um regime especial de aproveitamento de riquezas - patrimônio - destinadas pelo instituidor a um tira determinado"
("Pessoas jurídicas como situações patrimoniais", RF, 91/299).

107. CLÓVES BEVILAQUA ensina que o Código Civil de 1916 não inovou, nessa matéria, o direito anterior, mas silencia quanto à fonte onde recolheu tal informação. João Luiz Aires, em seus comentários ao art 24, por igual se refere ao direito anterior, que diz semelhante, e remete seu leitor para um texto de LACERDA m: ALMEIDA e para o art. 152 da Nova consolidação das leis
ciás, de CARLOS DE CAVALCANTE. Entretanto, como não há texto de lei a regular a matéria, a inovação trazida pelo Código Civil representou um enorme progresso, ainda que apenas no sentido de evitar dúvidas.

Sibioteca "Dr. Christiano Aftenfeider Siava"
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.
#100

Conta Planiol 1 " como o problema se desenvolveu na França, por volta do século XIX. Como a lei não reconhecia expressamente a existência da fundação, lançava-se mão de variados expedientes para alcançar os efeitos por ela produzidos.

O mais simples consistia em fazer, o instituidor, doação de bens a um instituto já existente, para que este realizasse a

obra que o primeiro tinha em vista. Na hipótese, ocorria apenas uma doação com encargo.

Ou então, ainda em vida, constituía

o autor da liberalidade uma instituição com o escopo de realizar tal fim. Todavia, aqui o problema apresentava certa dificuldade

porque, na maioria dos casos, a pessoa só concordava em separar-se de seu patrimônio por ocasião de sua morte. De sorte

que este último expediente aparecia mais raramente, recorrendo-se a outros.

Um deles consistia em deixar, por testamento, bens a um estabelecimento determinado, para que este realizasse o fim que

o instituidor fixava. O inconveniente desse procedimento residia na eventual recusa do beneficiário em atender a vontade

do disponente, o que representava um prejuízo para a sociedade, desse modo privada das vantagens da instituição.

Outro baseava-se na destinação do patrimônio a uma instituição, a ser organizada depois da morte do instituidor. Tal idéia,

entretanto, colidia com a lógica do sistema do direito sucessório, que impõe a transmissão do domínio da herança, desde

logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.784). Ora, se a instituição herdeira ainda não existia, o patrimônio

do de cujus não podia ficar sem titular. Assim, os bens do instituidor eram deferidos imediatamente a seus herdeiros legítimos,

em detrimento da fundação que ele almejava construir.

Para combater esse rigoroso entendimento, os defensores daquela concepção recorreram ao dispositivo do art. 906 do Código

Napoleônico, que determina que, "para ser capaz de receber por testamento, basta estar concebido à época do falecimento

do testador". Mas era evidente a inaplicabilidade de tal texto às pessoas jurídicas, pois a regra, fora de dúvida, refere-se tão-só ao nascituro, ou seja, àquela pessoa que, já tendo sido concebida, ainda não foi dada à luz - e não à pessoa jurídica (fundação), que só havia sido concebida no espírito do testador.

#101

O recurso de que se lançou mão, na França, em mais de um caso, foi o de nomear legatário, com a incumbência de organizar posteriormente a fundação. É conhecido o caso dos irmãos Goncourt, que, desejando criar, sob a forma de fundação, sua célebre

Academia, para premiar anualmente o melhor romance, constituíram seus legatários Alphonse Daudet e Léon Henri, impondo-lhes

o dever de utilizar o legado na desincumbência daquele mister. No exemplo, a vontade dos testadores foi cumprida, mas o risco de o não ser desaconselhava o procedimento.

No Brasil, o fato de o Código Civil ter admitido as fundações entre as pessoas jurídicas de direito privado eliminou qualquer dúvida. Desde que o instituidor ou seus delegados obedeçam às formalidades da lei e desde que o seu fim se acomode aos escopos da ordem social, pode a fundação surgir e ganhar personalidade jurídica.

Como já disse, para criar uma fundação, a lei exige a forma solene da escritura pública ou do testamento. Por esse ato o

instituidor faz a dotação de bens livres, dando o destino a que os quer votar. Uma vez destacado do seu o patrimônio da

fundação, seu ato é irrevogável" 9. Uma instituição de fato surge, a qual, após o cumprimento das formalidades legais, tornar-se-á uma instituição de direito.

Os arts. 62 e seguintes do Código Civil cuidam de outras regras a respeito das fundações, entre as quais convém destacar

as referentes às modificações de seus estatutos e as concernentes à sua extinção.

Entre tais regras cumpre realçar, também, a do parágrafo único do art. 62, que restringe o campo de ação das fundações dizendo

que estas só podem se constituir para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Quanto às modificações dos estatutos das fundações a lei permite que eles se alterem, subordinando, entretanto, tal reforma

a três condições: a) deliberação da maioria dos administradores e representantes da fundação; b) respeito a sua finalidade

original; c) aprovação da autoridade competente.

#102

Inocorrendo um desses pressupostos pode a minoria vencida promover a nulidade da reforma, em processo judicial. Um exemplo

curioso pode ilustrar a hipótese. Trata-se de um julgado do Tribunal de São Paulo (RT, 193/820), no qual se entendeu ser

nula a reforma dos estatutos de uma fundação, quer pelo fato de a assembléia que votou a modificação ter-se constituído

em desacordo com os estatutos, quer por não terem, os novos estatutos, colhido a aprovação do Ministério Público. É o seguinte

o fato. O Conservatório Dramático Municipal, por intermédio de administrador nomeado pelo Governo Federal, baixou ato, em 1943, alterando artigo dos estatutos que determinava a maneira de compor-se a Congregação da Escola e sua competência para alterar os estatutos e para eleger o diretor da instituição. A irregularidade daquele ato, e por conseguinte a da constituição da assembléia, além da falta de aprovação dos novos estatutos, invocada pela minoria vencida, provocou a decretação da nulidade da reforma.

O outro problema se refere à extinção da fundação. Ela se extingue quando vencido o prazo de sua existência. Tal hipótese raramente se apresenta, porque, em geral, a fundação é criada por prazo indeterminado. Além disso, extingue-se quando se torna nociva ao interesse público e, finalmente, quando seu objeto se torna impossível. Nas três hipóteses, o patrimônio da fundação extinta vai incorporar-se ao de outra de fins idênticos ou semelhantes.

#103

CAPÍTULO VI DO DOMICÍLIO SUMÁRIO:

49. Conceito. Fim e importância da noção de domicílio. Definição. Idéia de residência e distinção da de domicílio. Problema da pluralidade de domicílios.
50. Espécies de domicílio: domicílio voluntário, legal e de eleição.
51. Caracterização do domicílio de eleição.
52. Domicílio voluntário da pessoa natural. Pessoa com mais de um domicílio, pessoa sem domicílio, ou o problema do domicílio ocasional.
53. Domicílio necessário da pessoa natural.
54. Domicílio da pessoa jurídica de direito público.
55. Domicílio da pessoa jurídica de direito privado.
56. Domicílio da pessoa jurídica estrangeira.

49. Conceito. Fim e importância da noção de domicílio. Definição. Idéia de residência e distinção da de domicílio. Problema da pluralidade de domicílios - Vivendo o homem em sociedade, mantendo relações jurídicas com outros homens, é necessário que haja um lugar onde possa ele oficialmente ser encontrado, para responder pelas obrigações que assumiu. Todos os sujeitos de direito devem ter, por livre escolha ou por determinação da lei, um lugar certo, no espaço, de onde irradiem sua atividade jurídica". Esse lugar é o seu domicílio. A noção de domicílio é de mais alta relevância em todos os campos do direito, como se pode depreender dos exemplos que damos a seguir. É regra geral, em matéria de competência (CPC, art. 94), que, nas ações fundadas em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis, o réu deve ser acionado no foro de seu domicílio; desse modo, impõe-se descobrir o seu domicílio, para propor ação contra ele. É no

#104

domicílio do falecido que se abre sua sucessão (CPC, art. 96); aliás, além de ali proceder-se a seu inventário, é nesse

local que se devem ajuizar as ações contra o espólio". Ao cuidar da eficácia da lei no espaço, dispõe o art. 7º da Lei de

Introdução ao Código Civil que a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim

da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família; dentro do campo do direito internacional privado, tal regra

é básica. Em matéria matrimonial, também, o problema avulta, pois é no domicílio dos nubentes que se devem publicar os proclamas

do casamento. No direito das obrigações, por igual, muitas regras vão lançar mão da idéia de domicílio; assim, por exemplo,

o art. 327 do Código Civil ordena que, na falta de convenção entre as partes, o pagamento efetuar-se-á no domicílio do devedor.

É ainda no seu domicílio que se qualifica e vota o eleitor.

Outros numerosos exemplos poderiam ser dados para mostrar o alcance da noção de domicílio, quer no campo do direito privado,

quer no do direito público. Daí a importância de se descobrir qual o local em que o indivíduo está legalmente fixado, onde

ele atua na órbita do direito, respondendo pelas obrigações assumidas.

A lei oferece subsídios para uma conceituação de domicílio, ao definir o domicílio da pessoa natural e ao indicar qual o

da pessoa jurídica. Em ambos os casos usa da expressão lugar, que é adequada, pois domicílio é o lugar em que a pessoa atua

na vida jurídica. Esse, de resto, é o entendimento que deflui da lei.

O art. 70 do Código Civil caracteriza o domicílio da pessoa natural, nestes termos:

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Há, portanto, conjunção de um elemento material, representado pela idéia de residência, com outro, psicológico, representado pelo requisito do ânimo definitivo.

#105

Poder-se-ia pensar, tendo em vista a locução ânimo definitivo, que o legislador lançou mão de um elemento subjetivo ao definir

domicílio, porquanto de difícil prova e custosa demonstração. De fato, como descobrir a intenção do agente? Como inquirir

seu ânimo íntimo? Entretanto, do exame dos artigos subseqüentes vê-se que a idéia de ânimo definitivo vai decorrer daquelas

circunstâncias externas reveladoras da intenção do indivíduo, isto é, do seu propósito de fazer daquele local o centro de

suas atividades. O art. 32 do Código anterior usava de uma expressão adequada para caracterizar esse elemento subjetivo,

ao referir-se a centro de ocupações habituais; e a lei, mais de uma vez, descreve domicílio como o local que as circunstâncias

revelarem ter sido escolhido pelo indivíduo para ponto central de seus negócios, isto é, o lugar de onde ele se irradia

para a vida jurídica"-.

O conceito de domicílio se distingue do de residência. Este representa uma relação de fato entre uma pessoa e um lugar, envolvendo a idéia de habitação, enquanto o de domicílio compreende o de residência, acrescido do ânimo de aí fazer o centro de sua atividade jurídica".

O Código Civil brasileiro admitiu a idéia da pluralidade de domicílios, adotando, assim, o critério da legislação alemã e fugindo à orientação do direito francês. Neste último sistema o domicílio é necessariamente um só" enquanto no Código alemão se admite a pluralidade de domicílios.

#106

Entre nós o art. 71 do Código Civil apresenta a hipótese de a pessoa natural ter várias residências onde alternadamente viva, ou vários centros de negócios; e preceitua, então, que se considerará seu domicílio qualquer destes ou daquelas.

Tal orientação melhor se conforma com a realidade das coisas, evitando uma abstração infundada, consistente em considerar como domicílio da pessoa que possui vários centros de atividade, ou várias residências, um só destes"6.

A importância prática da regra é considerável, como se vê dos numerosos julgados em que a matéria tem sido versada".

50. Espécies de domicílio: domicílio voluntário, legal e de eleição

Pode-se proceder à classificação do domicílio tendo em vista a pessoa de seu titular; nesse caso, salienta-se, de um lado,

o domicílio da pessoa natural, e de outro, o domicílio da pessoa jurídica. Quanto a este

#107

último, cabe, ainda, a distinção entre o domicílio da pessoa jurídica de direito público e de direito privado.

Quanto ao modo de seu estabelecimento, pode-se classificar o domicílio em voluntário, legal ou necessário e de eleição.

Domicílio voluntário é o estabelecido livremente pelo indivíduo sem sofrer outra influência que não a de sua vontade ou conveniência.

Domicílio legal, ou necessário, é aquele que a lei impõe a determinadas pessoas, que se encontram em dadas circunstâncias.

Domicílio de eleição é o defluente de ajuste entre partes contratantes (v. n. seguinte).

51. Caracterização do domicílio de eleição

Domicílio de eleição, também chamado convencional, é o escolhido pelos contratantes, nos contratos escritos, para fins de exercício dos direitos e cumprimento

das obrigações que dos mesmos contratos decorrem". Vem ele permitido no art. 78 do Código Civil. O fato de o Código

de Processo Civil de 1939 ter disciplinado matéria de competência, sem fazer referência ao foro de eleição, suscitou dúvida

sobre se estaria ainda vigente o dispositivo do art. 42 da antiga lei civil, ou se o estatuto de 1939 o teria revogado.

A opinião prevalecente era no sentido de sua plena vigência, e nesse sentido a lição de Jorge Americano`. Hoje a discussão está superada, em face do art. 111 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe: "Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações". Aliás é de notar que o art. 95 do Código de Processo vigente faz expressa referência a domicílio de eleição.
#108

52. Domicílio voluntário da pessoa natural. Pessoa com mais de um domicílio, pessoa sem domicílio, ou o problema do domicílio ocasional

Os arts. 70 a 73 do Código Civil referem-se ao domicílio voluntário da pessoa natural. Além de admitirem a pluralidade de domicílios, de que já se falou, cuidam daquilo a que Vicente Ráo chama de domicílio ocasional ou aparente, ou seja, da atribuição de domicílio à pessoa natural que não tenha residência habitual, ou empregue a vida em viagem, sem ponto central de negócios. A lei determina ser seu domicílio o lugar em que for encontrada.

A mudança de domicílio ocorre quando a pessoa natural altera sua residência, com a intenção de transferir o seu centro habitual de atividades.

A prova, segundo a lei, da intenção de mudar de domicílio resulta do fato de ser tal propósito declarado, pela pessoa que se muda, à municipalidade de onde se retira e àquela para onde se transfere. Isso, entretanto, raramente se dá na vida prática, de modo que a lei admite, como prova da intenção de mudar o domicílio, a presença daquelas circunstâncias que rodeiam tal ato, ou seja, o comportamento do indivíduo, revelador de sua intenção de fixar novo centro de suas atividades.

53. Domicílio necessário da pessoa natural

O domicílio é necessário quando a lei, tendo em vista a condição de determinadas pessoas, em vez de lhes permitir a livre fixação de seu centro de atividades, impõe-lhes um determinado. O exame dos casos compendiados na lei ajudará a descobrir as razões do legislador.

Assim, os incapazes têm necessariamente por domicílio o de seus representantes. A lei não lhes permite, ainda que somente relativamente incapazes, a escolha de um domicílio; ao revés, define-o, dizendo ser o de seus representantes.

Julgado interessante (RT, 204/324), em que se encontra a aplicação desse texto, diz respeito a certo menor, residente na

Itália e herdeiro de pessoa falecida no Brasil, reclamando contra a conta de impostos elaborada pelo contador, na qual era taxado por um acréscimo devido pelo herdeiro ou legatário domiciliado voluídariamelite no exterior. Alegou não ser tal acréscimo

devido, porque seu domicílio não era voluntário, mas necessário, pois, sendo menor, não lhe cabia a escolha de domicílio,

que lhe era imposto por lei. Seu argumento, acolhido, o dispensou da sobretaxa.

#109

No regime do antigo Código Civil se entendia ter a mulher domicílio necessário, pois o art. 233, 111, daquele diploma determinava

que ao marido competia fixar e mudar o domicílio da família. Ainda de acordo com o Código de 1916, somente em dois casos

não estava a esposa sujeita ao domicílio fixado por seu consorte, podendo ela, voluntariamente, fixar outro: a) quando estivesse

desquitada, pois o desquite põe fim à sociedade conjugal; b) quando lhe coubesse a administração dos bens do casal, o que

ocorria nas hipóteses do art. 251 do Código anterior (v. v. 6).

A Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, modificou o disposto no

inc. 111 do art. 233 do Código Civil de 1916. De acordo com o novo texto, ao marido competia fixar o domicílio da família;

a lei conferia à mulher o direito de recorrer ao juiz apenas no caso de deliberação que a prejudicasse.

Havendo a Constituição de 5 de outubro de 1988, em seu art. 226, § 5-º, declarado serem exercidos igualmente pelo homem

e pela mulher os direitos e os deveres referentes à sociedade conjugal, tanto marido como mulher podem fixar o domicílio

da família, e, em caso de divergência, resolve o juiz.

Os funcionários públicos reputam-se domiciliados onde exercerem, em caráter permanente, suas funções (CC, art. 76), de sorte

que é aí que devem ser acionados (cf. aresto do STF, RT, 35 / 63).

Além desses, o Código Civil relaciona outros casos de domicílio legal:

Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer

permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que

se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado, e o do pre

so, o lugar em que cumprir a sentença.

Art. 77. O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem,

no País, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve.

54. Domicílio da pessoa jurídica de direito público

O Código Civil, declara em seu art. 75, 1 a 111, serem seus domicílios: o da União, o do Distrito Federal;

o dos Estados, as respectivas capitais; o do Município, o lugar onde funcione a administração municipal.

#110

Problema relevante nessa matéria, suscetível de apresentar grande repercussão na vida dos jurisdicionados, é o do foro competente para acionar ou ser acionado pela União. Fácil imaginar o inconveniente que representaria para um cidadão ter de vir demandar a União no Distrito Federal, ou então ser obrigado a produzir sua prova, quando réu, na cidade de Brasília.

Atendendo a tal inconveniente o Código Civil de 1916 (art. 35, § II") já determinava que, quando o direito pleiteado se originasse de ato praticado, ou que devesse produzir efeitos, fora do Distrito Federal, a União seria demandada na seção judicial onde o fato ocorreu, ou onde tivesse sua sede a autoridade de que o ato emanou, ou onde este tivesse de ser executado.

Tal preceito não foi repetido no Código atual.

Com efeito, aquele preceito, com pequenas alterações 121, foi mantido pelo Código de Processo Civil de 1939 e pelo de 1973.

No mesmo sentido são as regras da Constituição de 1946 (art. 201, § II'), da Carta Constitucional de 1969 (art. 125) e da Constituição de 1988. Transcrevo os preceitos vigentes: Código de Processo Civil.

"Art. 99. O foro da Capital do Estado ou do Território é competente:

I - para as causas em que a União for autora, ré ou interveniente;

II - para as causas em que o Território for autor, réu ou interveniente".

Constituição de 5 de outubro de 1988.

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras,

rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à justiça Eleitoral e à

justiça do Trabalho; (...)

#111

§ 1" As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2-" As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela

onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal"

Quanto aos Estados, a lei reserva, para sua respectiva legislação, a disciplina dessa matéria.

55. Domicilio da pessoa jurídica de direito privado

O domicilio das pessoas jurídicas de direito privado é o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, isto quando

dos seus estatutos não constar eleição de domicilio especial (CC, art. 75, IV).

Via de regra, nos estatutos figura o domicilio da pessoa jurídica. Aliás, a lei exige que, para se permitir o registro da

instituição, mister se faz a declaração de sua sede (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 120, 1).

Se a declaração do domicilio

não figurar no ato constitutivo, ele será o do lugar em que a empresa ou associação for administrada.

O problema se complica quando a pessoa jurídica de direito privado tem vários estabelecimentos em lugares diferentes, porque pode surgir dúvida quanto ao foro em que deve ser acionada. Se lhe fosse reservado o direito de apenas ser processada no lugar de seu estabelecimento principal, tal fato poderia representar alto inconveniente para seus contadores, que, havendo negociado com a direção de uma filial, teriam, para reclamar seus direitos, de correr para o local do estabelecimento matriz.

O remédio se encontra na lei. Diz o § 1º do art. 75 do Código Civil:

§ 1-º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

#112

Na jurisprudência encontra-se grande número de arestos em que se discutem problemas relativos a esse dispositivo. Os principais se referem ao conceito de estabelecimento, para saber se este só se caracteriza quando conta com determinada autonomia, ou se é ela dispensável'-2.

Mister ter em vista, na interpretação dessa regra, que a finalidade do legislador, ao abraçá-la, foi beneficiar os indivíduos que contratam com a pessoa moral 121 . Daí a necessidade de uma exegese, dentro do possível, liberal, capaz de atender a tal finalidade.

De resto, tratando-se de um benefício que a lei concede ao contendor da pessoa jurídica, pode ele ser renunciado, a fim de se ajuizar a ação na sede do estabelecimento principal"}.

56. Domicílio da pessoa jurídica estrangeira

Quanto às pessoas jurídicas estrangeiras, a lei determina que se haverá por seu domicílio, no tocante às obrigações contraídas por cada uma de suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

Trata-se, também, de um preceito com o escopo de proteger os indivíduos que com tais entes negociam, e que desse modo não terão mister de ir acioná-los no estrangeiro, onde se encontra sua administração.

#115

Livro 2

CAPÍTULO I

DO OBJETO DO DIREITO. BENS. PATRIMÔNIO

Sumário:

57. Conceito de "bens". Distinção entre coisas e bens.

58. Noção de patrimônio.

59. Classificação dos bens. Conteúdo do Livro II da Parte Geral do Código Civil.

57. Conceito de "bens". Distinção entre coisas e bens - Como já foi dito (v. n. 5 supra), a Parte Geral do Código Civil consta de três Livros, o primeiro dos quais disciplina a matéria relativa às pessoas, isto é, o sujeito do direito; o segundo trata dos bens, isto é, o objeto do direito; e o terceiro, dos fatos jurídicos, isto é, a relação que se estabelece entre as pessoas, tendo, no mais das vezes, por objeto os bens.

Examinado o Livro 1 da Parte Geral, cumpre ingressar no subsequente e estudar a teoria dos bens.

Para a economia política, bens são aquelas coisas que, sendo úteis aos homens, provocam a sua cupidez e, por conseguinte,

são objeto de apropriação privada. Entretanto, ainda dentro do conceito econômico, nem todas as coisas úteis são consideradas

bens, pois, se existirem em grande abundância na natureza, ninguém se dará ao trabalho de armazená-las. Assim, nada mais

útil ao homem do que o ar atmosférico, mas, como ele abunda na natureza, não é um bem econômico.

Desse modo, poder-se-iam definir bens econômicos como aquelas coisas que, sendo úteis ao homem, existem em quantidade limitada

no universo, ou seja, são bens econômicos as coisas úteis e raras, porque só elas são suscetíveis de apropriação.

Da mesma maneira, o direito só vai disciplinar as relações entre os homens no que concerne às referidas coisas. Como os

interesses

#116

humanos são ilimitados e os bens econômicos, por definição, limitados, surge, naturalmente, entre os homens, um conflito

de interesses quando disputam um bem. Esse conflito de interesses, se regulado pelo direito, dá lugar a uma relação jurídica".

Os vocábulos bem e coisa são usados indiferentemente por muitos escritores e, por vezes, pela própria lei. Trata-se, todavia,

de palavras de extensão diferente, uma sendo espécie da outra. Com efeito, coisa é o gênero do qual bens é espécie. A diferença

específica está no fato de esta última incluir na sua compreensão a idéia de utilidade e raridade, ou seja, a de ter valor econômico.

Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Assim, o sol, a lua, os animais, os seres inanimados etc.

O Código Civil português de 1867, em seu art. 369, a conceituava ao afirmar que "coisa diz-se em direito tudo aquilo que carece de personalidade". Como só o homem tem personalidade, coisa é tudo que existe exteriormente a ele.

Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico"

O Direito Civil só se interessa pelas coisas suscetíveis de apropriação e tem por um dos seus fins disciplinar as relações entre os homens, concernindo tais bens econômicos.

Assim, há valores preciosos aos homens que escapam à alçada do direito privado, porque não têm conteúdo econômico. Refiro-me àqueles direitos personalíssimos, tais como a vida, a honra, a liberdade etc. (c., supra, n. 26 e s.). Por outro lado, valores existem que se não corporificam em coisas, mas que, por terem um conteúdo econômico, são objeto de regulamentação por parte do Direito Civil. São os bens incorpóreos, tais como o direito autoral. A estes poderíamos chamar bens patrimoniais e àqueles primeiros, bens não patrimoniais, porque uns fazem parte, e outros não, do patrimônio de uma pessoa.

58. Noção de patrimônio

Mister agora se faz dar uma idéia de patrimônio.

#117

O Código Civil de 1916, em seu art. 57, definia o patrimônio como universalidade e certamente como universitas juris, pois subsiste, embora não conste de objetos materiais. O patrimônio é formado pelo conjunto de relações ativas e passivas, e esse vínculo entre os direitos e as obrigações do titular, constituído por força de lei, infunde ao patrimônio o caráter de universalidade de direito"-`.

O patrimônio de um indivíduo é representado pelo acervo de seus bens, conversíveis em dinheiro. Há, visceralmente ligada

à noção de patrimônio, a idéia de valor econômico, suscetível de ser cambiado, de ser convertido em pecúnia. Nesse sentido

a opinião de Beviláqua, que define patrimônio como "o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico".

Entende o mestre que o patrimônio é composto por todo o ativo

o por todo o passivo de um indivíduo. De modo que se pode encontrar pessoa que tenha um patrimônio negativo, como é o caso

do insolvente. Esse conceito de patrimônio, abrangendo o ativo e o passivo de uma pessoa, provocou alguma crítica na doutrina,

crítica essa encabeçada por Fadda e Bensa, em suas notas à obra de Windscheid¹³¹.

Sustentam que aí há uma confusão entre

a idéia de ter um patrimônio

o a capacidade, reconhecida pela lei a todo homem, de o ter. Quem dirá, perguntam, que o indivíduo, apenas por ter capacidade

para ser titular de um patrimônio, já o tenha?

A crítica, no entanto, não infirmou a idéia, tendo apenas provocado correções, tais as que admitem, cabentes na noção de patrimônio, dois sentidos, ou seja, "o termo patrimônio, pode-se empregar corretamente para indicar, seja a soma do ativo (patrimônio bruto), seja o conjunto do ativo com dedução do passivo que o grava (patrimônio líquido)" 132.

A noção de patrimônio, entretanto, é de considerável importância, porque nela se vai basear um princípio que informa todo o direito das obrigações. De acordo com tal princípio, o Patrimônio do devedor resfonde dor suas dívidas.

(e rbete), in Di_iorrario pratico di tliiii[to priviito, de Sc.ai I:v; Fie, risa Pç rrs ia i-Mia.xyi)x, TiBfao de Irrrrto
priza lo, Riu de Janeiro, 1954, v. 5, p. 365 a 410; Ai aitt e RAI, Cours..., cit., v. 6, q 573; Pi, xn, Trraitr..., cit.,
v. 1, n. 2.147; Fizm ,w GLmaiaz ~ Gcrtii,vi e5, EI patrimorrio, cit.
#118

Com efeito, o patrimônio do devedor é o garante de seus credores. Estes sabem que a recusa do devedor em adimplir suas obrigações permite-lhes recurso ao Poder Público, o qual, mediante um processo executório, promoverá a liquidação do patrimônio do devedor, ou de bens suficientes para o resgate da dívida, destinando o que for apurado à solução das obrigações reclamadas.

59. Classificação dos bens. Conteúdo do Livro II da Parte Geral do Código Civil
No Livro II da Parte Geral do Código,

ora objeto de nosso exame, o legislador procede à classificação dos bens.

A classificação é uma operação do espírito, um procedimento de ordem lógica, que tem por escopo facilitar a inteligência de um fenômeno. A clareza de um conceito exige não só que ele seja definido, mas também que seja classificado".

A operação de classificar consiste na tentativa de agrupar as várias espécies de um gênero, de forma a aproximar as que apresentam um elemento comum e afastar aquelas que não o apresentam.

Uma classificação é tanto mais perfeita quanto mais se aproxima de alcançar as duas seguintes condições: a) ela não deve deixar resíduos, isto é, terminada a classificação, todas as espécies devem estar compreendidas nalguma das categorias estabelecidas;

b) deve haver mais semelhança entre duas espécies contidas na mesma classe do que entre espécies contidas em classes diferentes".

Para proceder à classificação o observador toma um aspecto determinado do problema, um ponto de vista para o encarar, e grupa numa categoria as espécies que apresentam tal caráter, afastando dela as que não apresentam. Assim se obtém uma classificação. A seguir o classificador pode afastar-se daquele ponto de vista inicial e situar-se num outro ângulo, para daí novamente encarar o fenômeno. Grupará então as espécies conforme elas se aproximem ou se afastem de acordo com o novo ângulo. Desse modo obterá outra classificação. E assim por diante.

Ao classificar os bens, o legislador de 1916 assim procedeu. Inicialmente observou os bens considerando-os em si mesmos, isto é, examinando-os objetivamente, independente de qualquer relação com outros, ou com a pessoa de seus proprietários etc. E, partindo desse ponto de vista, juntou-os em várias espécies; em rigor procedeu a várias classificações sob este ângulo, encarando-os sob a faceta de sua mobilidade, de sua fungibilidade, de sua consumibilidade etc., mas sempre considerando-os em si mesmos. Depois mudou de critério, para os examinar uns em relação aos outros, assim distinguindo os principais dos acessórios. Em seguida os encarou tendo em vista a relação com o titular do domínio e, dessa forma, separou os bens em públicos e particulares. O Código atual não contemplou, no livro respectivo, as coisas fora do comércio, de modo que, ao contrário do Código de 1916, delas não tratou neste passo. A outra inovação do Código de 2002 foi a de omitir, neste livro referente aos bens, os chamados bens de família, pois atendendo a muitas críticas (inclusive a nossa) transportou a matéria para o Direito de Família, lugar mais pertinente. Passo a tratar de cada uma das espécies, na forma que vem disciplinada no Código vigente.

#121

CAPÍTULO 11

DOS BENS CONSIDERADOS EM SI MESMOS

SUMÁRIO:

60. Bens imóveis, definição e classificação.
61. Imóveis por sua natureza.
62. Imóveis por acessão.
63. Imóveis por acessão intelectual ou destinação do proprietário.
64. Bens imóveis por definição da lei.
65. Bens móveis, definição. Bens móveis por sua natureza e por definição da lei.
66. Importância da distinção entre bens móveis e imóveis.
67. Coisas fungíveis e não fungíveis.
68. Coisas consumíveis e não consumíveis.
69. Coisas divisíveis e indivisíveis.
70. Coisas singulares e coletivas.

60. Bens imóveis, definição e classificação - Encarando os bens em si mesmos, e tendo em vista o fato de serem ou não suscetíveis de se mover, o legislador os distingue em móveis e imóveis. Bens imóveis são as coisas que se não podem transportar, sem destruição, de um lugar para outro, como define Bevilacqua¹³⁵. O legislador de 1916, entretanto, nos arts. 43 e 44 do Código Civil definiu os bens imóveis, e de sua definição surgiram

quatro diferentes categorias, a saber: imóveis por sua natureza (art. 43,1); imóveis por acessão (art. 43,11); imóveis por acessão intelectual (art. 43,111); e, finalmente, imóveis por definição da lei (art. 44). Examinemos cada uma dessas categorias.

Anoto que o novo Código tratou da matéria em seus arts. 79 a 81 de maneira ligeiramente diversa, não repetindo a regra do art. 43, III, acima referido. Acredito, entretanto, que o tema merece ser analisado.
#122

61. Imóveis por sua natureza

O art. 79 do novo Código caracteriza o que o legislador entende por imóvel por sua natureza.

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Em rigor o único imóvel por sua natureza é o solo. Já o dizia o grande Teixeira de Freitas": "O solo unicamente é imóvel por natureza, a saber, o agregado de suas partes sólidas e fluidas, não suscetíveis de movimento, que formam sua superfície, e sua profundidade e altura perpendiculares".

Muitos sustentam igual tese". O Código Civil de 1916, no entanto, ampliava tal conceito para incluir os acessórios e adjacências naturais, as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

Importante é a consequência, na ordem prática, dessa definição, pois, como veremos, conforme uma árvore, ou um fruto, seja

considerada móvel ou imóvel, tal será o regime a que se submete. Por exemplo: num julgamento o problema proposto era o de

saber se as árvores adquiridas por uma serraria, para serem transformadas em toros de madeira e como tal vendidas, eram

bens móveis ou imóveis. Se imóveis, o negócio estaria sujeito ao imposto da sisa; se móveis, ao imposto, bem menor, de Vendas

e Consignações. O acórdão decidiu que, como a intenção do comprador era utilizar a mercadoria para corte, ela devia ser

enquadrada como bem móvel. Diz a ementa do acórdão:

"Não se considera versando sobre coisa imóvel o contrato de compra e venda de árvores para exploração de lenha de madeira"

(RT, 110 / 665).

No mesmo sentido um outro julgado, em que a mesma hipótese era figurada e se impunha saber se o negócio dependia ou não

da outorga uxória. Entendeu a Corte que "árvores vendidas para corte são bens móveis por antecipação e para sua alienação

independem de outorga uxória" (RT, 227/231).

#123

A lei incluiu no conceito de imóvel o seu subsolo e o seu espaço aéreo. Contudo, o direito de propriedade, recaindo sobre

o imóvel, encontra limite, no que concerne à altura e à profundidade, na medida da utilidade de seu exercício".

62. Imóveis por acessão

O inciso 11 do art. 43 do Código Civil de 1916 fornecia elementos para um conceito adequado de

imóvel por acessão. Rezava tal dispositivo:

"Art. 43. São bens imóveis: (...)

11- tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano".

Acessão significa justaposição, aderência de uma coisa à outra, de modo que a primeira absorva a segunda. Na hipótese figurada

no inciso acima transcrito tratava-se de coisas móveis por sua natureza, tais como os tijolos, os canos etc, mas que, incorporadas

em caráter permanente ao solo, adquiriam a categoria de imóveis. Para que isso ocorra, entretanto, mister se faz a presença

de um requisito, isto é, que a coisa assim incorporada não possa ser retirada sem que sofra modificação, fratura ou dano.

Caso contrário, não se consuma a acessão.

O atual Código Civil, em seu art. 79, supratranscrito, admitiu a idéia de imóveis por acessão ao definir como imóvel tudo

que ao solo se incorporar natural ou artificialmente.

#124

Nessa matéria se encontra a aplicação de um princípio que logo mais será examinado, segundo o qual o acessório segue o principal.

63. Imóveis por acessão intelectual ou destinação do proprietário

A terceira categoria de bens imóveis são os chamados imóveis por acessão

intelectual, ou, ainda, imóveis por destinação do proprietário.

Também, aqui, trata-se de bens móveis, mas, em virtude do propósito do dono de os manter incorporados a um prédio, a lei,

por ficção, os considera imóveis. O Código de 1916 continha regra específica a respeito.

Dizia ela:

"Art. 43. São bens imóveis: (...)

III - tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade".

De maneira que as máquinas instaladas numa indústria, um quadro pendurado na parede de uma residência, um trampolim beirando

uma piscina, podem perder sua qualidade de móveis, para se tornarem imóveis, apenas porque é propósito do proprietário incorporá-los

ao prédio.

Tratava-se, repito, de uma ficção da lei, que permitia a mudança da natureza de um objeto, em virtude do destino que lhe

atribui o proprietário. Tal fato é confirmado pela regra do art. 45 daquele Código, que permitia a mobilização de tais bens

a qualquer tempo, de modo que a intenção do proprietário que inseriu na categoria de imóveis aqueles bens tem força, igualmente,

para os fazer retornar à categoria de móveis.

A ficção da lei, todavia, opera como se fosse verdade - tantum

operatur fictio in caria fictu quantum veritas in casu vero - e gera conse

qüências jurídicas, como se aqueles objetos, móveis por sua natureza, fossem imóveis.

Exemplo característico dessa afirmativa

encontra-se no seguinte aresto do Tribunal de São Paulo (RT, 175/340). O dono de um curtume, querendo aliená-lo e no intuito de pagar menor tributo por ocasião da venda, dispôs separadamente dos maquinismos e do imóvel. Sobre a venda dos primeiros pagou apenas o Imposto de Vendas e Consignações (mais reduzido), pagando a sisa tão-só sobre o

#125

preço do prédio¹³¹. Reclamou a Fazenda Pública o pagamento da sisa também sobre o preço dos maquinismos, alegando que, nos termos do art. 43, 111, estes eram imóveis por destinação do proprietário, sujeita, portanto, sua alienação, ao pagamento do imposto de transmissão inter vivos. Tal razão foi acolhida pela Corte. Outro julgado aplica a regra do art. 45 do Código anterior, embora se trate de hipótese parecida com a primeira (RT, 116/183). Um industrial, desejando desfazer-se de sua indústria, desmontou suas máquinas e as vendeu. Ainda aqui a Fazenda Pública reclamou o imposto de sisa, alegando tratar-se de imóvel por acessão intelectual. O Tribunal repeliu sua demanda, entendendo que, desmontadas, as máquinas adquiriram a qualidade de móveis, não estando, portanto, sujeitas àquele tributo¹³².

A ficção da lei é marcada, por vezes atingindo extremos impressionantes. Um deles se encontra no Código de Minas. Este diploma legal define a jazida como bem imóvel (art. 4^o) e depois, em seu art. 11, diz que se consideram partes integrantes da mina: as coisas destinadas à mineração com o caráter de perpetuidade, como construções, máquinas, aparelhos e instrumentos; os animais e veículos empregados no serviço superficial ou subterrâneo; as provisões necessárias aos trabalhos da lavra num período de 120 dias.

64. Bens imóveis por definição da lei

A quarta categoria de imóveis se compõe daqueles bens que a lei define como tal. Dispõem os arts. 80 e 81 do Código Civil:

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

#126

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Ainda aqui se configura uma ficção da lei. Trata-se de direitos vários a que, por circunstâncias especiais, a lei atribui a condição de imóveis.

Dentre as hipóteses constantes do dispositivo citado, a de maior importância é a relativa à sucessão aberta, porque a renúncia da herança é renúncia de imóvel e a sua cessão representa transmissão de bem de raiz, sujeita à respectiva tributação.

65. Bens móveis, definição. Bens móveis por sua natureza e por definição da lei
Da mesma maneira que quanto aos bens imóveis, mister distinguir, quanto aos bens móveis, aqueles que o são

por sua natureza daqueles que o são por definição da lei.

O art. 82 do Código Civil define os primeiros e nele se nota uma outra distinção. Diz o dispositivo:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Os bens suscetíveis de movimento próprio, isto é, os animais, chamam-se semoventes. Os que se movem por força alheia, móveis propriamente ditos.

O art. 83 define os móveis para os efeitos legais. São eles:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

#127

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações 141.

66. Importância da distinção entre bens móveis e imóveis

É da maior relevância a distinção entre bens móveis e imóveis, pois oferece considerável repercussão na vida jurídica. O exame de algumas consequências confirmará minha asserção.

a) A propriedade móvel e a imóvel se adquirem de maneira diferente. Enquanto esta se obtém mediante um dos modos de aquisição relacionados nos arts. 1.238 a 1.259 do Código Civil - registro do título, acessão, usucapião etc. -, aquela é deferida

por outros processos, que são os relacionados nos arts. 1.260 e seguintes - ocupação, caça, pesca, invenção, tradição etc.

b) No regime do Código Civil os bens móveis podem ser alienados pelo marido, ou pela mulher, independentemente da concordância

do consorte, porque a ambos compete a administração dos bens do casal (art. 1.567); a alienação dos imóveis no regime anterior demandava a outorga uxória, qualquer que fosse o regime de bens (CC de 1916, art. 235, 1). Com o advento da Constituição

de 1988, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, de modo

que a administração dos bens comuns é teoricamente exercida por ambos os cônjuges. Os bens imóveis só seriam vendidos com

a anuência dos dois. Hoje, o art. 1.647 permite a venda sem outorga uxória se o regime for o da separação absoluta.

c) Os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior ao fixado em lei só se aperfeiçoam

por escritura pública, enquanto tal formalidade não é requerida, se o objeto do negócio for bem móvel (CC, art. 1.647).

d) Aberta a sucessão provisória do ausente, seus bens imóveis só podem ser alienados em caso de desapropriação ou quando ordene o juiz, para lhes evitar a ruína, ou quando convenha convertê-los em títulos da dívida pública; tal restrição não incide sobre os bens moveis.

#128

Seria infundável a enumeração dos efeitos da distinção entre bens móveis e imóveis, em todos os campos do direito; de resto, na órbita fiscal, já foi apontado aresto em que o problema da incidência do imposto ressaltava. Com efeito, nas alienações de bens imóveis incide o imposto de transmissão lutei- vivos, o que não se dá na alienação de bens móveis.

67. Coisas fungíveis e não fungíveis

O art. 85 do Código Civil define as coisas fungíveis nestes termos:

Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Portanto não fungíveis são as que não podem substituir-se por outras da mesma espécie e qualidade.

Na base do conceito encontra-se a idéia da possibilidade de substituição de uma coisa por outra, sem prejuízo para o credor".

As coisas fungíveis são encaradas através de seu gênero e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas

e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante. Assim, por exemplo, o dinheiro. Ao credor é indiferente

receber o pagamento em uma ou em outra espécie de moeda, pois elas se equivalem.

Coisa não fungível é aquela considerada em sua individualidade. O objeto da obrigação infungível é caracterizado por uma

coisa em si, a qual o credor almeja. Assim, por exemplo, um determinado cavalo de corridas, um violino Stradivarius, uma tela de Clóvis Graciano ou de Portinari.

Trata-se, evidentemente, da maneira de encarar a coisa, tendo em vista o interesse econômico, porque, na realidade, cada

uma das coisas em questão pode ser individuada. Apenas, na órbita jurídica, a equivalência de seus valores faz com que se

apresentem reciprocamente substituíveis, sem prejuízo para quem quer que seja.

A distinção entre coisas fungíveis e não fungíveis tem, igualmente, grande relevo nas relações jurídicas. Assim, por exemplo,

o empréstimo de

#129

coisas fungíveis chama-se nítuo, o de não fungíveis, comodato (CC, arts. 586 e 579). A compensação efetua-se

entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (CC, art. 369). Se o devedor efetuar o pagamento entregando ao credor

coisa fungível que não podia alhear, não pode o verdadeiro dono reclamar deste a devolução, se a coisa já foi consumida

e o credor prova sua boa-fé. Se, nas mesmas condições, o pagamento se efetuar pela entrega de coisa não fungível, o direito

de reivindicar subsiste (CC, art. 307, parágrafo único).

Embora a fungibilidade seja uma qualidade peculiar às coisas móveis (como se vê na definição da lei), tem-se, na linguagem jurídica e por analogia, aplicado a expressão no tocante às prestações de fazer. Considera-se fungível tal prestação quando o serviço requerido puder, indiferentemente, ser prestado por qualquer pessoa. E o caso das tarefas que não envolvem uma especialização mais refinada, como, por exemplo, a do lavador de automóveis, a do engraxate etc. Diz-se não fungível a prestação quando a pessoa do devedor foi objeto de especial consideração no contrato, como na hipótese do empresário que agenciou uma atriz célebre para representar uma peça.

68. Coisas consumíveis e não consumíveis

O Código Civil conceitua coisas consumíveis, em seu art. 86, nestes termos:

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

Ensina Beviláqua 144 que a distinção se funda numa consideração econômico-jurídica, pois há coisas que se destinam ao simples uso, delas tirando-se as utilidades, sem lhes destruir a substância - são as coisas não consumíveis; e há outras que se destroem imediatamente, à medida que são utilizadas, ou aplicadas - são as consumíveis. Além das coisas consumíveis por sua natureza, que desaparecem com o primeiro uso, a lei classifica igualmente como consumíveis

#130

as que se destinam à alienação. Assim o livro, para o estudante, é bem inconsumível, porque ele sobrevive à utilização; mas para o livreiro é consumível, porque sua utilização (alienação) conduz ao seu perecimento para o alienante. A máquina não é consumível para quem a explora, mas o é para o fabricante que a produz e a destina à venda.

69. Coisas divisíveis e indivisíveis

Ainda classificando os bens em si mesmos, o legislador distingue as coisas divisíveis das indivisíveis.

Fisicamente todas as coisas são suscetíveis de divisão, e nada impede que se fragmente um relógio, ou mesmo um cavalo, em numerosas partes que contenham cada qual o mesmo peso. Essa divisibilidade pode, teoricamente, ser levada ao infinito, e hoje já se vai à dissociação do átomo.

Todavia coisas há que, divididas, deixam de ser o que eram. O cavalo dividido ao meio não mais será um semovente, e o relógio, serrado em dois, tampouco seguirá sendo relógio. Daí a definição dada pelo art. 87 do Código Civil:

Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

O art. 87 define como indivisível a coisa que se não pode partir sem alteração de sua substância; daí decorre serem divisíveis as coisas que se podem fragmentar sem lesão para referida substância. Escrevendo no regime do Código de 1916, dizia eu que o conceito de substância não é evidente; o legislador emprega o vocábulo no sentido de serem divisíveis as coisas que, partidas, conservam em cada uma de suas partes a mesma condição que tinham no todo. Assim, uma barra de ouro dividida continua a ser, em cada qual de suas partes, uma barra de ouro, embora menor

115.

#131

O legislador brasileiro de 1916, lançando mão do conceito de substância, alterou o critério proposto por Beviláqua, que era um critério econômico. Com efeito, o art. 70 do Projeto Clóvis Beviláqua conceituava como indivisíveis "os bens cujo fracionamento determina uma considerável diminuição de seu valor". Ora, como estamos num campo estritamente patrimonial, nada mais razoável do que ter em vista o aspecto econômico. Se a divisão de uma coisa acarreta a perda desproporcionada de seu valor, mais vale considerá-la como indivisível. Essa deve, aliás, ser a orientação do juiz. E esse é o conselho de Philadelpho Azevedo' ao sustentar que "o critério filosófico de substância é temperado pelo da comodidade, tomado em sentido amplo e visando, antes de tudo, evitar a destruição de riqueza". Aliás, nesse sentido tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Federal em mais de um aresto. Já proclamou ele, reiterando pronunciamento anterior onde também insistira no aspecto econômico do problema'1': "A perda da identidade e a diminuição do valor econômico são traços característicos da indivisibilidade de coisa comum" (RT, 227/603).

A matéria, entretanto, continua extremamente controvertida na jurisprudência". Além da indivisibilidade decorrente da própria natureza da coisa, a lei admite uma outra, de caráter fictício, advinda da lei, ou da vontade das partes.

Exemplo da primeira hipótese encontra-se no art. 1.386 do Código Civil, que determina serem indivisíveis as servidões; ou no art. 681 do Código de 1916, que dispunha não poderem ser divididos em glebas os bens enfitêuticos, sem o consentimento do senhorio`.

#132

Quanto à indivisibilidade advinda da vontade dos contratantes, não é ela infreqüente, pois não raro o credor estipula ser a dívida indivisível, o que lhe concede a prerrogativa de exigi-la por inteiro de cada um dos devedores (v. v. 2).

A importância da distinção entre coisas divisíveis e indivisíveis sobreleva, e, para não me deter na menção desordenada de casos avulsos, vou cingir-me apenas ao exame de sua repercussão no campo do condomínio.

Na extinção do condomínio, diferente será o procedimento, conforme seja divisível ou indivisível a coisa. Na primeira hipótese proceder-se-á à divisão, recebendo cada comunheiro o seu quinhão; na segunda, se os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será a coisa vendida e repartido o preço (CC, art. 1.322). Em matéria de hipoteca de coisa comum o mesmo se dá. Se a coisa for divisível, cada condômino pode hipotecar sua parte independentemente da intervenção dos outros; mas, sendo indivisível, só pode ser hipotecada no todo, e isso somente com o consentimento da generalidade dos condôminos. Finalmente a última hipótese. O condômino de coisa divisível pode vender seu quinhão a quem lhe aprouver, sem ter para com seus consortes qualquer obrigação. Mas, se a coisa comum for indivisível, não pode vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. E se o fizer, a venda poderá ser resolvida, caso o condômino não consultado deposite o preço e pleiteie a rescisão dentro em seis meses (CC, art. 504).

70. Coisas singulares e coletivas

A derradeira distinção feita pelo legislador, ao considerar os bens em si mesmos, é a referente às coisas singulares e coletivas. Diz ele que as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas.

O Código Civil define as coisas singulares, dizendo que são representadas pelos bens que, embora reunidos, se consideram por si, independentemente dos demais (art. 89). Portanto coletivas são as que são consideradas em conjunto com outras.

Coisas simples são as que constam de partes homogêneas ou de partes da mesma espécie, ligadas entre si naturalmente, como

o animal, o

#133

vegetal etc.; compostas são as que constam de partes heterogêneas, artificialmente unidas, como o edifício, a máquina

etc....

Coisas materiais são as corpóreas, como a casa, o livro etc.; imateriais são as incorpóreas, como o crédito, o direito autoral

etc.

Quer simples ou compostas, quer materiais ou imateriais, as coisas serão singulares quando, embora reunidas, se consideram

de per si, independentemente das demais; e serão coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas num todo.

Vê-se, portanto, que se trata das mesmas coisas, e que a distinção advém da diversa maneira de as encarar. Se consideradas

de per si, serão singulares, ainda que estejam em grupo; se consideradas em conjunto, serão coletivas, ainda que se mire

uma delas, individualmente.

As coisas coletivas são chamadas iniversalidades, e a coletividade se tem por extinta quando desaparecem todos os indivíduos

que a compõem, menos um. Em rigor, e como se disse, elas são compostas de coisas singulares, que conservam sua autonomia, mas que se agrupam através do ângulo em que se colocou o observador, ou as considerou a lei" A doutrina tradicional sempre distinguiu as universalidades de fato, *universitas rerum*, das universalidades de direito, *universitas juris*. Hoje, é a lei que o faz. Transcrevo os arts.

90 e 91 do Código Civil:

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam a universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

#134

Quando se trata de um agrupamento de coisas (objeto de direito), como no já citado caso das bibliotecas, ou de uma galeria de quadros, fala-se em universalidade de coisas, ou universalidade de fato, ou *universitas rerum*.

Quando a universalidade é composta de um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), tem o nome de *universitas juris*¹².

Todavia, o que mais efetivamente as distingue é o liame que une as coisas componentes de uma e de outra universalidade.

A universalidade de fato se apresenta como um conjunto ligado pelo entendimento particular¹³; enquanto a universalidade

de direito consiste na pluralidade de coisas corpóreas e incorpóreas, a que a lei, para certos efeitos, atribui o caráter de unidade (como na herança, no patrimônio, na massa falida etc.).

Essa distinção entre *universitas rerum* e *universitas juris*, nascida com os glosadores, tem suscitado muita crítica. Fadda

e Bensa, em notas à obra de Windscheid (*Diritto delle pandecte*, v. 1, n. 4, § 137, nota 5), a censuram com veemência.

Não obstante, nosso Código Civil de 1916 a consagra e as regras dos arts. 56 e 57 a revelavam.

De fato, esta última dispunha que o patrimônio e a herança constituíam coisas universais, ou universalidades, e como tais

subsistiam, embora não constassem de objetos materiais. Ora, o fato de a lei admitir a sobrevivência de uma universalidade,

ainda que não conste de objetos materiais, revela, parece-me, que a encara como *universitas juris*.

Na universalidade de direito contempla-se um todo que emerge das unidades que a compõem, constituindo, por força da lei,

uma coisa nova. Assim o patrimônio e a herança, que são a reunião de várias relações jurídicas ativas ou passivas. A saída

ou a substituição de algumas dessas relações jurídicas não faz com que o remanescente deixe de ser um patrimônio ou uma

herança. Se todas, menos uma, das relações jurídicas que compõem um patrimônio ou uma herança desaparecerem, aquela que

sobrar continua a ser patrimônio.

"A universalidade de fato é um complexo de coisas, homogêneas ou heterogêneas, ligadas em conjunto, por z,ontode do)comem, em razão da destinação, isto é, de uma relação funcional.

#135

frustrando, desse modo, a regra do art. 55, já citada, que se amolda à *universitas rerum*.

O art. 56 do Código Civil de 1916 continha o princípio da subrogação real, que se aplica à *universitas juris*. A determinação

de que, "na coletividade, fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor, e vice-versa", constitui aplicação da velha regra

segundo a qual *iii judieis*

universalibus res succedit in loco pretii et praetium in loco rei. O que signi

fica que, nas universalidades de direito, as coisas que entram em substituição às que por elas se trocam tomam-lhes o lugar, mantendo íntegra a universalidade.

A idéia de sub-rogação real vem da glosa e se justifica na máxima acima citada. Nela se afirma que os bens advenientes tomam

o lugar daqueles que saíram para dar causa à sua aquisição. Há uma coisa que se sub-roga no lugar de outra, da mesma maneira

que, na subrogação pessoal, um dos sujeitos do direito é substituído por outro, na mesma relação jurídica.

Tal operação se processa num campo intelectual; o princípio tirando sua força do ordenamento jurídico que o ampara. No campo

dos fatos existe uma alteração efetiva, que no plano do direito não se torna marcada, justamente porque, pelo princípio

da sub-rogação real, o valor da coisa alienada a substitui, na *universitas juris* que se tem em vista".

#136

O problema da sub-rogação real, que no passado oferecia limitado interesse prático, passou a apresentar, com a inovação

a respeito de regime de bens, trazida pela Lei do Divórcio, um considerável relevo.

Como é sabido, pelo Código Civil, em sua versão original, o regime matrimonial prevalecente, em caso de inexistência ou

de ineficácia do pacto antenupcial, era o da comunhão universal de bens. A Lei do Divórcio alterou o sistema (Lei n. 6.515,

de 26-12-1977), impondo, naquela hipótese, o regime de comunhão parcial (CC, art. 1.640).

Neste último regime não se comunicam os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges com valores anteriormente a ele pertencentes.

Ou seja, os bens ao depois adquiridos se sub-rogavam no lugar dos antes existentes (CC, art. 1.659, 11). Portanto, um problema

que, como disse, era pequeno no passado passou a ser objeto de discussões cotidianas no presente. O novo tema é o de saber

se bens adquiridos na vigência do casamento o foram com recursos já de propriedade de um dos cônjuges, anteriores às núpcias

(cf. v. 6).

Massa de i7LAS suieitos à restituição. A idéia de sub-rogação intervém quando se trata do pedido de restituição de uma universalidade

de bens, como na petição da herança, e se busca saber o que deve ser restituído.

#137

CAPÍTULO III

DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS

SUMÁRIO:

71. Introdução.

72. Distinção entre acessório e principal. Análise da regra de que o acessório segue o principal.

73. Definição de frutos e análise de suas espécies. Produtos. Rendimentos.

74. Benfeitorias. Conceito e espécies.

75. Influência do critério do valor na caracterização das benfeitorias.

71. Introdução

Depois de haver classificado os bens considerando-os em si mesmos, muda o legislador de ponto de vista

e os separa, tendo em conta a relação entre uns e outros. E partindo desse ângulo os distingue em principais e acessórios.

Nesse capítulo multiplicam-se as definições e torna-se nítido o caráter técnico, dir-se-ia melhor teórico, de que se reveste

a Parte Geral do Código Civil". Neste ponto, com efeito, vai o legislador precisar a noção de coisa principal, de coisa

acessória, de pertenças de

#138

benfeitorias e suas espécies, referindo-se ainda a várias modalidades de acessórios, tais os frutos, produtos e rendimentos.

Ao analisar as definições trazidas pela lei e ao expor outras ali não constantes, procurarei mostrar a importância de tais

conceitos e sua repercussão no campo do Direito.

72. Distinção entre acessório e principal. Análise da regra de que o acessório segue o principal

O art. 92 do Código Civil

define coisa principal como sendo aquela que existe sobre si, abstrata ou concretamente; e coisa acessória como aquela cuja

existência supõe a da principal.

O Código Civil de 2002 inclui no capítulo em análise a idéia de pertença, que não constava do Código de 1916. E define pertenças

como os bens que, não constituindo partes integrantes (da coisa), destinam-se de modo duradouro ao uso e ao serviço, ou aformoseamento

de outro. A idéia de pertença está muito perto do conceito de bens imóveis por destinação do proprietário, acima examinada

(v., supra, n. 63).

Ao conceituar coisa principal se inspirou o legislador na idéia de substância`, nos termos em que esta vinha definida pelos

filósofos dos séculos XVII e XVIII", pois a expressão coisa que existe sobre si revela tal propósito. Com efeito, coisa

principal é aquela que não depende do conceito de qualquer outra coisa para definir-se; coisa acessória é aquela cuja existência depende da existência da principal.

Transportada a idéia para o campo das relações jurídicas, um exemplo esclarecerá. A cláusula penal é uma obrigação subsidiária, acessória da obrigação principal. Ora, não se pode concebê-la sem esta, pois sua existência está condicionada à da obrigação principal; se esta for nula, nula será a cláusula penal que é acessória.

O Anteprojeto do Código Civil de 1972 voltou ao bom caminho. Continha uma Parte Geral nos moldes da legislação vigente.

E em seu corpo estava disciplinado o Direito das Obrigações. O Projeto de Código Civil de 1975, nesse ponto, manteve igual orientação. Aliás, tal projeto, aprovado pela Câmara naquele ano, foi posteriormente gerar o atual Código Civil.

PARTE GERAL

139

O novo Código não repetiu o preceito, mas seu art. 95 recorre à distinção para dela dizer que, apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e prodlitos podem ser objeto do negócio jurídico.

Estabelecida a distinção entre coisa acessória e principal, o legislador fixa regra de enorme repercussão, dispondo, no parágrafo único do art. 92, que, salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.

Tal regra informa numerosos institutos e textos do direito positivo. Apenas para dar um exemplo, basta lembrar a teoria da acessão, que é um modo de adquirir a propriedade imóvel (CC, art. 1.248). Os proprietários ribeirinhos adquirem o domínio da ilha que se forma no rio divisório que corre entre seus prédios, porque, sendo donos do principal, adquirem o acessório; no aluvião o dono do prédio principal adquire o terreno aluvional, que é acessório; o mesmo se dá na avulsão, no caso do abandono no álveo, no caso do acréscimo ao prédio por plantações e construções. Toda a teoria da acessão, repito, inspira-se na regra de que o acessório segue o principal (v. v. 5).

Explica Vicente Ráo" o significado da regra. Em consequência dela admite-se, em princípio, que: a) o acessório acompanha o principal em seu destino;

#140

b) o acessório assume a natureza do principal; c) o proprietário do principal, salvo exceção legal ou convencional, é o proprietário do acessório.

73. Definição de frutos e análise de sitas espécies. Produtos. Rendimentos.

O art. 60 do Código Civil de 1916 incluía na classe dos acessórios os frutos, produtos e rendimentos".

O Código de 2002 não repetiu o preceito, mas seu art. 95 recorre à distinção para dela dizer que,

apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto do negócio jurídico.

Frutos são as utilidades que a coisa periodicamente produz. Distinguem-se em três categorias: a) naturais, quando resultam do desenvolvimento próprio da força orgânica da coisa""), tais como as crias dos animais, o café produzido por um cafeeiro etc.; b) industriais, os devidos à intervenção do esforço humano, como os produtos manufaturados; c) civis, os rendimentos tirados da utilização da coisa frugífera por outrem que não o proprietário, como as rendas, aluguéis, foros e juros".

Ainda é Beviláqua" a fonte da classificação dos frutos quanto ao seu estado. São eles pendentes, enquanto unidos à coisa que os produziu; percebidos ou colhidos, depois de separados; estantes, se depois de separados ainda existem armazenados ou acondicionados para venda; percipiendos, os que deviam ser, mas não foram percebidos; e consumidos, porque não existem mais.

Essas definições são de grande importância, porque o legislador vai usar tais conceitos nas regras que se encontram na Parte

Especial do Código Civil. Assim, por exemplo, os frutos naturais e os industriais

Vi(- ryri R,yo conclui afirmando que nem mesmo as chamadas partes intrínsecas estão irrestritamente sujeitas à máxima de

que o acessório segue o principal, pois a lei por vezes interrompe a incidência do princípio, como quando considera imóveis

independentes do solo e

do subsolo respectivo as riquezas minerais suscetíveis de exploração econômica.

#141

Reputam-se colhidos e percebidos logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia; os frutos pendentes,

ao tempo em que cessar a boa-fé do possuidor, devem por ele ser devolvidos ao

reivindicante. Enfim, em numerosos artigos,

vai o legislador recorrer a essas expressões acima definidas (CC, arts. 1.214 a 1.216, entre outros).

Produtos são as utilidades que se retiram da coisa diminuindo a quantidade, porque não se reproduzem periodicamente"),

como, por exemplo, o carvão extraído da mina, o petróleo de um poço etc. Os frutos,

portanto, distinguem-se dos produtos

porque a colheita daqueles não diminui, e a destes sim, a substância da fonte.

74. Benfeitorias. Conceito e espécies

Benfeitoria é uma espécie de acessório, constante obra levada a efeito pelo homem"", com o propósito de conservar, melhorar ou simplesmente embelezar

uma coisa determinada.

Conforme seja um ou outro o escopo e a finalidade alcançada, será de uma ou de outra a espécie de benfeitoria. Quando ela

é realizada com o propósito de conservar a coisa, de evitar sua deterioração ou de poupar-lhe um estrago iminente, diz-se

Util. Por exemplo: a reforma do telhado de um prédio para que este não se danifique. Diz-se útil a benfeitoria quando tem por fim melhorar a utilização da coisa, como, por exemplo, a construção de uma nova entrada para um prédio, ou a de uma garagem para uma casa.

Chama-se zualuptucéria a benfeitoria quando sua construção almeja tão-só proporcionar maior deleite, sem aumentar a utilidade da coisa, embora possa torná-la mais agradável ou aumentar-lhe o valor. Assim, por exemplo, a construção de um jardim, a decoração de um aposento etc.

O art. 96 do Código Civil, que distingue as benfeitorias nessas três espécies, define, com propriedade, cada uma delas.

A definição de benfeitorias e sua adequada classificação numa das três espécies apontadas constituem matéria palpitante

na ordem prática, porque situações aparecem em que a solução legal depende #142

de se fixar, preliminarmente, a natureza da benfeitoria. Conforme a definamos como necessária, útil ou voluptuária, diferente será a consequência jurídica.

Por exemplo: diz o art. 1.219 do Código Civil que o possuidor de boa-fé receberá indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, podendo levantar as voluptuárias. Ora, para se medir o montante da indenização, mister se faz, primeiramente, distinguir quais, dentre todas, são as benfeitorias úteis e necessárias. Por outro lado, o possuidor de má-fé só se indeniza pelas benfeitorias necessárias (CC, art. 1.220), perdendo, por conseguinte, as despesas, apenas úteis e voluptuárias. No caso revela, igualmente, precisar quais aquelas benfeitorias e quais estas.

O problema se propõe diariamente nos tribunais. Um julgado da Corte paulista focalizou hipótese característica (RT, 168/688).

Vencido numa ação de despejo o réu, invocando direito de retenção, pretendeu manter-se no imóvel, por não haver sido reembolsado do valor de benfeitorias necessárias que teria realizado no prédio. De fato havia construído uma clarabóia, instalações sanitárias e procedido ao ladrilhamento de certa área. A turma julgadora repeliu sua pretensão, por entender que tais benfeitorias não eram necessárias, mas apenas úteis, pois não tinham por fim nem conservar a coisa nem evitar a sua deterioração.

75. Influência do critério do valor na caracterização das benfeitorias

Um tipo de acessório, que não era considerado benfeitoria, vinha consignado no art. 62 do Código Civil de 1916. Negava o texto tal condição à pintura, em relação à tela; à escultura, em relação à matériaprima; à escritura ou a outro trabalho gráfico, em relação à matériaprima que os recebe.

Evidentemente a pintura é acessório da tela e constitui obra humana que melhora o principal, de modo que, dentro do rigor

lógico, devia enquadrar-se no conceito de benfeitoria; o mesmo ocorre com a escultura ou com a obra gráfica em relação à matéria-prima que as recebe. Não obstante, o legislador se negava, nesta hipótese, a admitir sua inclusão dentro da categoria de benfeitoria.

O que o move é a idéia de valor. Não se pode negar o caráter de acessório em relação à tela. Não pode existir sem a obra, enquanto o contrário é inconcebível. Mas, se a lei fosse admitir a condição de benfeitoria à escultura, ou à escritura, e anuísse na incidência

#143

da regra geral que manda o acessório seguir o principal, poderia o dono da tela, ou do gesso, reivindicar a obra de arte realizada, inadvertidamente, pelo artista, em sua matéria. E seria absurdo, por exemplo, que alguém reclamasse de Michelangelo uma estátua, apenas por ter sido esculpida no mármore pertencente ao reivindicante; ou que o dono de um madeiro reclamasse uma obra de El Greco, por ter sido pintada em tábua de sua propriedade. Neste caso é tão desproporcionado o valor entre a matéria-prima - principal - e a obra de arte realizada - acessório -, que repele o legislador a idéia de que o acessório deva seguir o principal. Por conseguinte, tendo em vista o valor, suspendia a lei a incidência da regra, ao proclamar que não são benfeitorias (CC de 1916, art. 62): "I- a pintura em relação à tela; II- a escultura em relação à matéria-prima; III- a escritura e outro qualquer trabalho gráfico, em relação à matéria-prima que os recebe (art. 614)".

Para concluir essa matéria, creio oportuno formular uma questão: Por que restringia o legislador, somente a este caso, a adoção do critério do valor, para definir o acessório e o principal? Num campo em que se propõem problemas de ordem patrimonial, não seria mais conveniente adotar sempre tal critério ao definir o que é acessório e o que é principal?

Philadelpho Azevedo focalizou o problema mostrando que, principalmente em matéria imobiliária, é irrecusável o caráter subalterno que a lei atribui à acessão artificial. Transcreve ele um trecho da obra de José de Alencar, A propriedade, onde este se rebela contra a posição do legislador que, para se submeter à lógica dos princípios, confere ao solo a força irresistível de absorver as acessões, ainda quando estas sejam mais valiosas. Eis o texto: "O solo exerce na jurisprudência um direito de acessão irresistível; enterrem-se de boa-fé capitais enormes em um brejo

desprezado, erijam-se aí palácios e construções suntuosas; tudo isso, que vale mil

#144

vezes mais do que o primitivo solo, não é senão uma dependência dele. Assim, inverteu-se a significação das palavras e os princípios para manter um privilégio odioso em favor da propriedade territorial".

Entretanto, embora possa parecer mais conveniente, para se definir o acessório e o principal, ter-se em consideração apenas o critério do valor, esta não é a solução da lei". A lei considera acessórias da coisa todas as benfeitorias, qualquer que seja o seu valor, e dispõe que, salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.

#146

CAPÍTULO IV

DOS BENS PÚBLICOS E PARTICULARES

SUMÁRIO:

76. Introdução.

77. Definição dos bens públicos e dos particulares.

78. Classificação dos bens públicos segundo o seu destino.

76. Introdução

O legislador, depois de, para classificar os bens, considerá-los em si mesmos, depois de encará-los uns

em relação aos outros, muda novamente de ângulo, para examiná-los tendo em vista o titular do domínio. E assim os distingue

em bens públicos e particulares. Posteriormente, tendo em vista a destinação dos bens públicos, procede à sua classificação.

Escapa à órbita do Direito Civil definir quais os bens públicos, pois tal matéria se compreende no âmbito do Direito Constitucional,

ou mesmo dentro da alçada do Direito Administrativo. Com efeito, é na Constituição (art. 20), e noutras leis de direito

público, que se encontra a enumeração de referidos bens.

77. Definição dos bens públicos e dos particulares

Bens públicos, diz o art. 98 do Código Civil, são os do domínio nacional

pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os demais são particulares, pertençam a quem pertencerem.

Assim, conforme a pessoa jurídica de direito público a que pertencerem, os bens públicos serão federais, estaduais ou municipais.

Os que não pertencerem a qualquer destas pessoas são, por definição do Código Civil, bens particulares.

78. Classificação dos bens públicos segundo o seu destino

Quanto aos fins a que se destinam, são bens públicos, segundo o art. 99 do Código Civil:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal,

estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal,

ou real, de cada uma dessas entidades.

Examino cada um dos casos acima.

I- Os de uso comum do povo. São aqueles bens que qualquer pessoa, cumprindo os regulamentos, pode utilizar. A relação dada pela lei é meramente exemplificativa, pois outros bens públicos de uso comum do povo há que não se encontram ali mencionados, como, por exemplo, as praias.

A utilização dos bens dessa espécie independe, via de regra, de retribuição; mas pode ser exigido, por lei da União, do Estado, ou do Município, conforme pertençam a uma dessas pessoas jurídicas, pagamento para seu uso (CC, art. 103). Exemplo freqüente de referida exigência é o pedágio cobrado nas estradas públicas.

II- Os de uso especial. São os bens destinados a algum serviço da pessoa jurídica de direito público. São bens públicos

de uso especial os edifícios públicos, as construções militares e os terrenos destinados ao serviço das repartições públicas¹⁶.

Outros existem, entretanto, não compreendidos na relação acima. Assim, por exemplo, o Palácio do Planalto é bem público de uso especial da União; o edifício da Assembléia Legislativa, bem público de uso especial do Estado; o Paço Municipal, bem público de uso especial do Município.

III - Os dominicais. São bens dominicais ou domaniais os que constituem o patrimônio da pessoa jurídica de direito público.

São bens dos quais o Poder Público é titular, da mesma maneira que a pessoa de direito privado é dona de seu patrimônio.

Estão nessa categoria os créditos do Estado, as estradas de ferro, as empresas de navegação ou aviação de seu domínio, as ações que tenha nas companhias de economia mista, as terras ou as propriedades agrícolas que se encontrem sob seu domínio, as terras devolutas, os terrenos de

#147

marinha e seus acrescidos (Dec-Lei n. 9.760, de 5-9-1946, para a definição de terras devolutas, terrenos de marinha e seus acrescidos), as ilhas que se formam nos mares territoriais ou nos rios navegáveis etc.

Os bens públicos eram vistos, ordinariamente, como coisas fora do comércio, só perdendo a inalienabilidade, que lhes era peculiar, quando e na forma prescrita em lei. A lei, portanto, pode autorizar sua alienação. No mais das vezes o problema só se propõe com referência aos bens públicos de uso especial (quando cessa a necessidade de tal uso).

A grande modificação trazida pelo Código de 2002 foi excluir de sua inalienabilidade os bens dominicais. Transcrevo os arts.

100 e 101 do Código atual.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Da sua condição de inalienáveis decorre a impossibilidade de serem usucapidos. A matéria, até 1933, suscitava controvérsia, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Todavia o problema foi resolvido pelo Decreto n. 22.785, de 31-5-1933, que determinou não serem objeto de usucapião os bens públicos de qualquer natureza. Posteriormente, o Decreto-Lei n. 9.760 / 46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, reafirmou, no que concerne aos mesmos, idênticos princípios, estabelecendo, em seu art. 200, que "os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião".

Essa convicção era reforçada pela Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, que dispunha: "Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

A Constituição de 1988, em dois casos especiais, também afirmou a impossibilidade de os bens públicos serem usucapidos.

Ao tratar do usucapião de pequenos imóveis urbanos, por quem não tenha outro, declara no § 3º do art. 183 que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião; no art. 191, ao cuidar do usucapião pro labore, ou seja, do pequeno imóvel rural, permitindo o usucapião por quem é rural.

#148

Noutros casos a inalienabilidade decorrente da lei não cessa enquanto não cessar a destinação a que está votado um bem.

É o caso, por exemplo, da inalienabilidade do terreno onde assente um edifício de condomínio por andares. Diz o art. 3º

da Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que os terrenos em que se levantarem a edificação e suas instalações "constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade". Tal inalienabilidade perdura enquanto persiste o regime de condomínio em edifícios, porque este seria inconcebível sem aquela (v. V. 5).

13) Em virtude da vontade do homem - Por vezes a inalienabilidade emana da vontade particular, prestigiada pela lei. Esta

entende lícita a cláusula de inalienabilidade, temporária ou vitalícia, imposta pelo autor da liberalidade, inter vivos

ou causa mortis (CC de 1916, art. 1.676), de sorte que a clausulação da deixa testamentária, ou do bem doado, constitui

um ato jurídico que gera todos os efeitos almejados pelo agente, por ser lícito seu objeto. A inalienabilidade decorre da

vontade humana, a que a lei empresta sua força coercitiva.

Tal inalienabilidade pode, também, levantar-se nos casos de desapropriação, de execução por dívidas provenientes de impostos

relativos aos respectivos imóveis ou outros motivos relevantes (Dec.-Lei n. 6.777, de 8-8-1944), sub-rogando-se a cláusula.

Ainda aqui se vê que a sub-rogação se procede quando a proibição de alienar colide com um interesse superior.

#155

CAPÍTULO I DOS FATOS JURÍDICOS

SUMÁRIO:

82. Introdução.

83. Classificação dos fatos jurídicos.

84. Matéria tratada no Livro III do Código de 1916.

85. Disposições preliminares que precedem o Título I do Livro III do Código Civil de 1916: A) aquisição dos direitos; B) defesa judicial dos direitos; C) perecimento dos direitos.

82. Introdução

Depois de, no Livro 1 deste trabalho, haver estudado as regras sobre a pessoa (sujeito do direito) e de

haver, no Livro 11, estudado a classificação dos bens (objeto do direito), ingressamos agora no estudo do Livro 111 da Parte

Geral do Código Civil, relativo aos fatos jurídicos, isto é, no estudo da relação jurídica.

Relação entre pessoas concernindo

aos bens, eis os elementos básicos do direito subjetivo.

Fatos jurídicos são, na definição de Savigny, los acontecimentos em virtude dos quais as relações de direitos nascem e se

extinguem 171. Essa idéia se encontra em Teixeira de Freitas:

"Todos os acontecimentos suscetíveis de produzir alguma aquisição, modificação ou extinção de direitos entram na ordem dos fatos de que trata esta seção" 111.

Assim, a expressão fatos jurídicos, em seu sentido amplo, engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou

decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por

#156

criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas.

83. Classificação dos fatos jurídicos

Poder-se-ia, de início, distinguir, entre tais acontecimentos, os que decorrem da natureza dos que defluem da atividade humana. Assim, por exemplo, a mudança do curso de um rio representa um evento da natureza,

alheio à atividade humana, que vai provocar o surgimento ou a modificação de relações jurídicas; enquanto um contrato de

locação, ou o reconhecimento de um filho ilegítimo, são atos humanos, capazes de criar relações na órbita do direito.

Aqueles atos da natureza, capazes de gerar relações jurídicas, são chamados fatos jurídicos em sentido estrito e são espécie

do gênero fatos jurídicos.

Dentre os atos provindos da atividade humana, com repercussão no âmbito do direito, é possível, por sua vez, distinguir

duas espécies:

a) De uma parte, os atos lícitos, voluntários, a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Tomemos como exemplo

o reconhecimento de filho havido fora do casamento. Como tal ato é lícito, o ordenamento jurídico permite que os efeitos almejados pelo agente decorram do ato; dessa forma vão se estabelecer, entre pai e filho reconhecido, relações sucessórias, direito a alimentos, pátrio poder etc. A liceidade do procedimento vai permitir o alcance dos efeitos almejados pelo agente.

A essa espécie de fato jurídico dá-se o nome de ato jurídico.

b) De outra parte, os atos humanos a que falta esse característico de liceidade. O agente agiu dolosa ou culposamente e, assim procedendo, causou dano a outrem. Tal ato produz efeitos na órbita do direito, mas, em vez de serem aqueles almejados pelo agente, são conseqüências não queridas as que decorrem. O ladrão que furta uma jóia deseja dela tornar-se proprietário, mas, como o meio de que lança mão é ilícito, em vez de alcançar o fim desejado (tornar-se proprietário da jóia), outras são as conseqüências, pois deve devolvê-la e reparar o dano causado. Aquele que sofre esbulho em sua posse tem direito a ser reintegrado e a perceber reparação do prejuízo sofrido. Como ao esbulho falta o caráter de liceidade, o esbulhados não alcança o fim almejado, pois a lei, em vez de garantir-lhe a posse tomada violentamente, dela o expulsa, compelindo-o a indenizar o esbulhado. A atividade

#157

dade ilícita provoca uma conseqüência jurídica, apenas esta é outra que não a almejada pelo autor do ato. A essa espécie de ato dá-se o nome de ato ilícito.

Dentro do gênero amplo dos fatos jurídicos, portanto, devemos separar, de um lado, os eventos alheios à atividade humana e os que chamamos fatos jurídicos em sentido estrito; e, de outro, os atos humanos; nestes distinguimos os chamados atos jurídicos - que por serem lícitos geram os efeitos almejados pelo agente - dos atos ilícitos - que geram efeitos diversos daqueles queridos por seu autor.

Essa é a classificação tradicional, que parece ter inspirado o legislador brasileiro de 1916. Poderíamos fixá-la num esquema:

Muitos autores modernos se rebelam contra tal classificação, acusando-a de irreal e de incompleta. Irreal, porque da expressão ato jurídico não se pode excluir o ato ilícito, que, sendo ato humano, gera relações na órbita do direito; incompleta, porque referida classificação ignora aqueles atos que não contêm um intuito negociai, mas que, sendo lícitos, geram efeitos jurídicos, a despeito de não os pretender o agente. São os que alguns escritores chamam de atos meramente lícitos.

Em rigor não se pode considerar semelhante, e classificar na mesma categoria, o ato do testador que dispõe de seus bens e o da pessoa que acha, casualmente, um tesouro.

No testamento, o testador procura alcançar deliberadamente um efeito jurídico, e a lei, cumpridos certos pressupostos, atende

à sua expectativa. De fato, se for ele capaz e recorrer à forma prescrita em lei, sua manifestação de última vontade será acolhida, indo seus bens para seus herdeiros testamentários; isto é, os efeitos alcançados pelo seu procedimento coincidem exatamente com os almejados.

A descoberta de um tesouro é um ato lícito do inventor, gerador de efeitos jurídicos, mas os resultados obtidos não constituem escopo

#158

do inventor que encontrou, por acaso, aquela riqueza". Igualmente no caso da especificação ou no da plantação em terreno próprio com semente alheia. O especificados que de boa-fé trabalha em matéria alheia adquire-lhe o domínio, embora, por definição mesmo, tal não fosse seu propósito. O indivíduo que de boa-fé planta em suas terras com semente alheia, adquire-lhe, ainda que não o queira, a propriedade. Ora, esses são atos lícitos a que falta o intuito negociai. O agente alcança um efeito jurídico, via de regra vantajoso, mas que não tinha o escopo de alcançar.

Àqueles primeiros atos, onde há o intuito negociai, dá-se o nome de negócios jurídicos; a estes, onde tal intuito inexistente, o de negócios meramente lícitos"s.

Assim, parece melhor classificar os fatos jurídicos da seguinte maneira: de início devem ser separados os fatos jurídicos

em sentido estrito, isto é, os fatos que não envolvem qualquer ato humano por advirem de forças alheias ao homem, dos atos

humanos, a que se poderia dar o nome de atos jurídicos, ou atos jurígenos, como fazem alguns escritores, para lembrar que

se trata de atos capazes de criar relações na órbita do direito. Estes podem ser ilícitos, se desconformes com a lei, ou

lícitos, se com ela se afinarem. Dentre os atos lícitos dever-se-iam separar os inspirados num propósito negociai, ou seja,

na deliberação de alcançar um efeito jurídico - e teríamos então o negócio jurídico, dos atos meramente lícitos, em que

o efeito jurídico alcançado não é perseguido pelo agente.

Um esquema facilitará a compreensão:

1. Fatos naturais, externos ao homem - fatos jurídicos em sentido estrito

2. Atos humanos (jurígenos) atos jurídicos meramente lícitos.

Nesses atos é irrelevante o elemento vontade, porque os efeitos advêm da lei. Se o menor de 16 anos achasse o tesouro,

adquirir-lhe-ia a metade, ainda que a lei despreze sua vontade. Esta nada teria que ver com a aquisição.

#159

No sistema do Código Civil de 1916 era a classificação anteriormente apontada a que prevalecia. O legislador distinguia

o ato ilícito do ato jurídico, tendo em vista o elemento liceidade de que aquele, como seu nome revela, carece. E não distinguia,

na maneira de os disciplinar, o negócio jurídico do ato meramente lícito.

O Código Civil de 2002, com muita propriedade, substituiu a locu

ção ato jurídico pela expressão negócio jurídico. O Código novo, assim como o antigo, contém um capítulo introdutório sob o título "Disposições Gerais". Nas edições anteriores deste livro, dada a sujeição dele ao Código anterior, analisei as regras de seu capítulo introdutório, que não foram repetidas no vigente. A partir desta edição tratarei das regras constantes do Código de 2002.

84. Matéria tratada no Livro III do Código de 1916 - No Título 1, após as "Disposições Gerais", o Código de 2002, inovando, abre um capítulo sobre a representação. Outra inovação foi cuidar das modalidades do negócio jurídico, agora sob o nome "Da condição, do termo, do encargo", antes de "Defeitos do negócio jurídico", que o Código de 1916 trazia na ordem contrária.

O capítulo subsequente ocupa-se da nulidade do negócio jurídico, correspondente ao capítulo sobre as "nulidades" do Código anterior.

No Título 11, sob o nome "Dos atos jurídicos lícitos" se encontra apenas uma regra, dizendo que a estes atos aplicam-se, no que couber, as disposições relativas ao negócio jurídico. São aqueles atos a que acima chamei de atos meramente lícitos.

O Título III versa sobre os atos ilícitos, matéria que, além de tratada na Parte Geral, será estudada no volume IV desta obra, que trata da responsabilidade civil. O Título IV trata da prescrição e da decadência, e o derradeiro, o Título V, cuida da prova.

O novo Código Civil não repetiu as "disposições gerais" que se encontravam no Livro dos fatos jurídicos do Código de 1916 e que continham regras sobre a aquisição do direito, sobre a defesa judicial de direitos e sobre o perecimento do direito.

E após o título "Dos fatos jurídicos" entra, em seu Capítulo I, na disciplina do negócio jurídico. Aí traz disposições gerais que figuram dos arts. 104 a 114.

Dado o seu interesse doutrinário, este volume manteve o parágrafo na forma que se encontrava nas edições anteriores. E estuda a matéria dos arts. 104 a 114 do novo Código no Capítulo III deste Livro III.

#160

85. Disposições preliminares que precedem o Título I do Livro III do Código Civil de 1916: A) aquisição dos direitos; B) defesa judicial dos direitos; C) perecimento dos direitos - Neste parágrafo e segundo constava da lei revogada serão analisadas suas principais disposições.

A) Aquisição dos direitos - Adquirem-se os direitos por ato próprio ou por intermédio de outrem, daí decorrendo, necessariamente, que uma pessoa os pode adquirir para si ou para terceiros.

O direito distingue entre direitos atuais e direitos futuros. Atuais são os completamente adquiridos; futuros, os cuja aquisição não se acabou de operar.

Dentre os direitos que a lei denomina futuros, devem-se separar os já deferidos dos não deferidos.

Deferidos são os que só não se incorporaram ao património do adquirente porque este ainda não quis, mas que poderão a qualquer tempo incorporar-se, pois tal fato não depende de outra coisa senão de seu arbítrio. Assim o promitente de uma compra e venda irretratável, já devidamente quitada. A escritura definitiva de compra e venda ser-lhe-á outorgada quando pedida e a transcrição se procederá quando lhe aprouver.

Não deferidos são os direitos futuros que se subordinam a fatos ou condições falíveis⁶, ou seja, são aqueles que não se incorporaram, e talvez não se incorporem, ao património do titular por razões alheias à sua vontade.

Aqui seria oportuno distinguir a expectativa de direito, do direito eventual e do direito condicional.

Vicente Ráo⁷ define a expectativa de fato como a mera esperança de vir a adquirir um direito; trata-se da mera potencialidade de aquisição, resultante da personalidade e da capacidade como situações genéricas; na expectativa de direito, embora a pessoa reúna os requisitos de capacidade e legitimidade, o direito só surge e se adquire ao se verificar o fato ou o ato capaz de produzi-lo ou de lhe conferir aperfeiçoamento e vida.

#161

O direito eventual é, na feliz imagem daquele Professor, um direito concebido, mas ainda não nascido; falta-lhe um elemento básico. É mais do que uma expectativa de fato, porque algumas das circunstâncias de que depende o seu aperfeiçoamento já se produziram. Assim, por exemplo, o caso dos herdeiros legítimos em relação ao autor da herança. Embora seu direito só venha a se consolidar com a morte deste, o fato de serem seus descendentes, por hipótese, concede-lhes um direito eventual àquela sucessão, mais do que uma simples expectativa, pois, se as coisas evoluírem normalmente, eles receberão a herança.

Vicente Ráo, tratando ainda do direito eventual, diz:

"E mais: os direitos eventuais, pois que tendem a transformar-se em direitos verdadeiros e próprios, são protegidos pela ordem jurídica por preceitos de direito material e por meio de processos preventivos, ou conservatórios, porque, como dizem os autores, 'seu titular pode pretender que outrem não obste, a seu arbítrio, a superveniência do elemento que falta' (Messineo, Manuale, 8. ed., v. 1, § 8) e a violação desse dever pode mesmo constituir justa causa de reparação do dano sofrido pelo sujeito do direito eventual" 171.

Direito condicional é aquele que só se aperfeiçoa, ou se aniquila, pelo advento de um evento futuro e incerto. A condição é a cláusula que subordina o efeito do ato a acontecimento futuro e incerto, de forma que o titular de um direito condicional

só o adquire em definitivo se sobrevier a condição suspensiva. Se o empresário oferece sociedade ao empregado se ele se formar em engenharia, fica este último com a possibilidade de adquirir aquele direito se o evento futuro e incerto ocorrer.

Como a possibilidade de seu advento existe, a lei confere ao titular do direito condicional a prerrogativa de conservá-lo.

Aliás, o direito condicional é uma espécie do gênero mais amplo a que se deu o nome de direito eventual; verdade que o Código de 1916, defeituosamente, usava dessa expressão para caracterizar aquela (CC de 1916, art. 121).

Os modos de aquisição dos direitos distinguem-se em: originários e derivados; onerosos e gratuitos; a título universal e a título singular.

#163

Daí proclamar, a lei, que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (CC de 1916, art. 75).

Por meio da ação o titular do direito reclama do Estado uma prestação jurisdicional no sentido de assegurá-lo".

Só tem, entretanto, direito de pleiteá-la quem demonstre interesse legítimo. O Poder Judiciário apenas se manifesta na solução de casos específicos, não lhe cabendo pronunciar-se sobre questões teóricas. De modo que só quem demonstra interesse numa relação jurídica pode ser admitido a debatê-la.

Tal interesse, todavia, não se reflete apenas pelo ângulo patrimonial, podendo revelar-se sob aspectos morais, concernendo tanto à pessoa do litigante como às de sua família.

C) Perecimento dos direitos - Os direitos podem extinguir-se apenas em relação a seu titular, e isso ocorre quando se transmitem a outra pessoa. Aqui não há perecimento do direito, mas tão-só modificação do sujeito ativo.

No capítulo inicial sobre os fatos jurídicos, todavia, o Código de 1916 cuidava da extinção do direito pelo perecimento do objeto. Sendo o objeto um dos elementos integrantes da relação jurídica, seu desaparecimento acarretava o desaparecimento do direito".

O Código Civil de 1916 figurava, em seu art. 78, as hipóteses em que considerava ter perecido o objeto:

"I - quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico;

II - quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir;

III - quando fica em lugar de onde não pode ser retirado".

As disposições dos arts. 79 e 80 do Código de 1916 são aplicações específicas das regras referentes à responsabilidade civil.

Tal matéria será desenvolvida no momento adequado.

181. A ação é, na definição de GOLDSCHMIDT, o direito público subjetivo do cidadão contra o Estado, para deste obter proteção jurídica.

#164

No primeiro desses preceitos, consigna-se um princípio regulador da responsabilidade aquiliana, segundo o qual o responsável pelo perecimento do objeto deve indenizar o proprietário. É a aplicação, numa espécie determinada, do preceito do art. 159 do Código Civil de 1916.

O art. 80 traz, igualmente, a aplicação particular do princípio geral regulador da responsabilidade contratual. Entre o dono de uma coisa e a pessoa encarregada de guardá-la se estabelece um contrato de depósito, gerador de obrigações para o depositário, entre as quais a de devolver o objeto depositado no estado em que lhe foi confiado. O inadimplemento de tal obrigação sujeita o devedor ao ressarcimento do prejuízo, na forma do art. 389 do Código Civil. A segunda parte da regra torna ao terreno da responsabilidade aquiliana, pois determina o direito regressivo do depositário contra o culpado pelo dano.

Os princípios consignados em tais artigos já se encontravam consolidados alhures, e sua repetição, neste capítulo, não enriquece a lei.

"Os direitos, ou têm por objeto atos livres da pessoa (direitos pessoais), ou têm por objeto coisas (direitos reais). A disposição do art. 77 se refere aos direitos reais, e não aos pessoais. Só os direitos reais perecem com o perecimento de seu objeto" (Código Civil brasileiro anotado, v. 1, anotação I ao art. 77).

Casos há, entretanto, em que o direito pessoal, cuja prestação consiste na entrega de uma coisa, se extingue, pelo perecimento dela, sem culpa do devedor. É o caso do comodato em que a obrigação do comodatário de devolver se extingue, quando a coisa perece por caso fortuito.

#165

CAPÍTULO I I

DA REPRESENTAÇÃO

SUMÁRIO:

- 86. Inovação.
- 87. Poderes derivados de representação.
- 88. Regras básicas sobre a representação.
- 89. Atos praticados contra o interesse do representado.

86. Inovação

Uma inovação trazida pelo Código de 2002 foi a introdução de um capítulo (11) sobre a "Representação", no

Livro "Dos fatos jurídicos", Título 1, "Do negócio jurídico", em seguida às "Disposições gerais" (Capítulo 1), cujo tema principal é manifestação da vontade.

Tal capítulo se encontra no Anteprojeto de 1972 na Parte Geral, apresentada pelo Ministro Moreira Alves. Sua fonte próxima

é o capítulo de igual nome do Código Civil alemão (arts. 164 e s.), que de resto repercutiu no Código Civil português de 1966 (arts. 258 e s.).

87. Poderes derivados de representação

Os poderes derivados de representação conferem-se por lei ou pelo interessado, diz o art. 115 do Código Civil, o que significa o acolhimento da clássica distinção entre a representação legal e a convencional.

Enquanto a primeira decorre da norma, como no caso do tutor, que representa o tutelado, ou do inventariante, que representa o espólio, ou do síndico, que representa a massa falida, encontramos a segunda, ou seja, a representação convencional, que decorre do contrato de mandato.

88. Regras básicas sobre a representação

Algumas regras básicas sobre a representação são encontradas neste capítulo.

A primeira delas (art. 116) é a que determina que a manifestação de vontade pelo representante, no limite de seus poderes, vincula o representado. Ou seja, a vontade deste é materialmente refletida pela declaração do

#166

outro. Aliás, o conceito de representação foi por mim estudado ao examinar o contrato de mandato.

Outra regra fundamental é a que veda o contrato consigo mesmo. Ela se encontra no art. 117, que, dada sua importância, transcrevo:

Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele a quem os poderes houverem sido subestabelecidos.

O contrato consigo mesmo é a convenção em que um só sujeito de direito, revestido de duas qualidades jurídicas diferentes, atua simultaneamente em seu próprio nome e no de outrem. É o caso do indivíduo que, como procurador de terceiro, vende a si mesmo determinada coisa.

Tal modalidade de negócio tem sido objeto de críticas e, dentro do antigo sistema brasileiro, esbarrava com a proibição

dos incisos 1 e 11 do Código Civil de 1916, que dispunham:

"Art. 1.133. Não podem ser comprados, ainda em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos mandatários, os bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados".

Entretanto, essa espécie de negócio é permitida e se caracteriza, no caso da venda feita a si próprio pelo mandatário, em causa própria`.

Os Códigos alemão e italiano admitem, excepcionalmente, tal tipo de negócio. Ambos o fazem quando existir no instrumento

de mandato

#167

autorização expressa do mandante; e ainda quando o ato jurídico consistir na execução de uma obrigação anterior (Cód. alemão, art. 181), ou quando do contexto do contrato ressalte a inexistência de um conflito de interesses entre as partes (Cód. italiano, art. 1.395). É o que passa a ocorrer no Brasil com a regra do dispositivo acima transcrito (art. 117).

Entre nós até o advento do novo Código o texto acima citado tinha suscitado alguma controvérsia.

Com efeito, muito se discutiu sobre a liceidade de venda feita pelo mandante diretamente ao mandatário. De fato, embora

muitos julgados permitissem que o procurador adquirisse do mandante quando este pessoalmente outorgasse a escritura (Arq.

Jud., 105/244, 89/ 426, 64/358; RF, 87/703, 100/477, 109/97), outros mantinham-se intransigentes e nem nessa hipótese admitiam

validade ao negócio (RT, 159 / 733). Este é um problema que o novo Código aboliu.

89. Atos praticados contra o interesse do representado

Outro dispositivo inovador e bastante útil é o que cogita de atos

praticados pelo representante, contra o interesse do representado. Aqui se trata de atos praticados pelo representante,

em nome do representado, objetivamente legais, mas que prejudicam este último.

Estamos, na hipótese, na presença de dois interesses possivelmente antagônicos: de um lado, o interesse do representado,

que se almeja proteger, pois a idéia é de que o representante deve atuar na defesa do interesse do representado; de outro,

o interesse do terceiro de boa-fé, que contratou com o representante, na persuasão de que este atuava de acordo com as suas

instruções; aliás, o intuito de preservar os negócios jurídicos coincide com o interesse da sociedade, que almeja, sempre

que possível, impedir o desfazimento daqueles atos, gerados pela vontade das partes.

Mas se a pessoa que contratou com o representante sabia, ou podia saber que este atuava em conflito com os interesses do

representado, então não existe a figura do terceiro de boa-fé, e não há razão para permitir a anulação do ato malsinado.

Eis o art. 119 do novo Código:

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era

ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

#169

CAPÍTULO III

DO NEGÓCIO JURÍDICO

SUMÁRIO:

90. Definição.

91. Elementos constitutivos e pressupostos de validade.

92. O art 112 do Código Civil.

93. Classificação dos negócios jurídicos.

90. Definição

No Título 1 do Livro 111, Do Negócio Jurídico, trata o legislador do negócio jurídico, isto é, daquele ato

lícito da vontade humana, capaz de gerar efeitos na órbita do direito. Aí, em capítulos sucessivos, dá o seu conceito, as suas modalidades, cuida dos vícios que o podem infirmar, da sua forma e prova e, finalmente, das nulidades. Seguir-se-á tal ordem na exposição.

O Código de 1916, em seu primeiro dispositivo (art. 81), fornecia o conceito de ato jurídico, por ele definido como o ato

lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

O ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, visando um fim. Esse art. 81 do Código de 1916 ia mais longe porque,

ao caracterizar o ato jurídico, declarava ter ele por fim imediato alcançar um efeito jurídico. A imediatez aqui referida

é efetivamente um característico relevante. O efeito jurídico almejado é deliberadamente procurado, por intermédio do negócio de que se lançou mão". O vendedor aliena seu

#170

bem porque deseja o preço, e o ato a que recorre é adequado para conduzi-lo a obter seu desideratum. Não há necessidade

de meio-termo nem de subterfúgio. Como o escopo almejado é lícito, a lei permite que ele seja imediatamente alcançado, através do negócio jurídico.

De fato. O negócio jurídico representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua

vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura

um fim que não destoia da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária".

O fim da declaração é produzir efeitos jurídicos imediatos, e, dada a liceidade do propósito, tais efeitos são efetivamente

gerados. A esse princípio se chama autonomia da vontade. Representa a medida na qual o direito positivo reconhece aos indivíduos

a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos`.

Uma vez estabelecida uma relação jurídica, por convenção entre os particulares, legalmente constituída, a lei lhe empresta

sua força coercitiva e ela se torna obrigatória. Alguns códigos dizem que tal convenção tem força de lei". É o princípio

de que pacta sunt servanda, o qual, embora muito atacado nos últimos tempos, e a despeito das exceções que nele se insinuam,

continua a reger as relações privadas, pois, efetivamente e como ponto de partida, as convenções entre os particulares são

válidas e geram efeitos, sempre que não colidirem com a lei de ordem pública. Verdade que, como aponta Julliot de La Morandière",

os preceitos de ordem pública se multiplicam, limitando, cada vez mais, o âmbito da autonomia da vontade.

#171

91. Elementos constitutivos e pressupostos de validade - O Código Civil, em seu art. 104, menciona quais os pressupostos de validade do negócio jurídico, determinando serem: a) a capacidade do agente; b) o objeto lícito; c) a forma prescrita em lei.

A doutrina, entretanto, distingue os elementos estruturais do negócio jurídico, isto é, os elementos que constituem seu conteúdo, dos pressupostos ou requisitos de validade, que são os mencionados no aludido art. 104.

Entre os elementos essenciais do negócio jurídico figura, em primeiro lugar, a vontade humana, pois, vimos, o negócio jurídico é fundamentalmente um ato de vontade. Todavia, como a vontade é um elemento de caráter subjetivo, ela se revela através da declaração, que, desse modo, constitui, por sua vez, elemento essencial. O segundo elemento essencial tem que ver com a idoneidade do objeto, em relação ao negócio que se tem em vista. Assim, só será idôneo para o negócio de hipoteca o bem imóvel, o navio, ou o avião. Os demais bens são inidôneos para serem objeto de uma hipoteca; da mesma maneira, só podem ser objeto do mútuo as coisas fungíveis, e do comodato, as infungíveis.

Finalmente, o terceiro elemento essencial é a forma, quando da substância do ato, pois sem ela o ato nem sequer existe.

Nos vários sistemas que seguiram a orientação do Código Civil francês, exige-se ainda o elemento causa. Não são poucos os escritores que acham esse elemento prescindível no ordenamento brasileiro. Sob certo aspecto, a causa é um elemento técnico capaz de fazer justo o contrato. Sob outro, encarada objetivamente, ela representa a

#172

função econômico-social que caracteriza o tipo de negócio. Mister que o negócio se acomode aos fins do ordenamento jurídico, que represente um interesse prático que se coadune com o interesse social e geral. Quando tal ocorre, a lei dá eficácia ao negócio jurídico, prestigiando a vontade que o vivifica, o que se dá, em caso contrário.

Os requisitos de validade do ato jurídico são os já aludidos e relacionados no art. 104 do Código Civil, a saber:

a) Capacidade das partes. Já vimos que a lei, no intuito de proteger determinadas pessoas, as inclui na categoria dos incapazes e conferelhes alguns meios de defesa. Trata-se de pessoas que não atingiram um grau adequado de maturidade ou que, em virtude de moléstia ou de alguma limitação pessoal, não podem cuidar eficazmente de seus próprios interesses.

Ora, como o ato jurídico é um ato de vontade, e como o querer dessas pessoas apresenta deficiências, a lei não permite que,

sem quaisquer restrições, atuem na órbita do direito. No caso dos absolutamente incapazes, ela despreza sua vontade e exige que sejam representados nos atos jurídicos de que participem. No dos relativamente incapazes, exige que só se manifestem assistidos por seus representantes. É a regra que se encontrava no art. 84 do Código Civil de 1916.

Tal restrição à atuação dos incapazes é consignada com o intuito de protegê-los, tanto que a lei não defere à outra parte o direito de invocar, em proveito próprio, a incapacidade de seu contratante (CC, art. 105). Paralelamente à noção de incapacidade apareceu na doutrina moderna a idéia de legitimação¹.

A idéia de legitimação chegou ao direito privado pelas portas do processo civil, e é indispensável para explicar figuras jurídicas que

n) assegurar a um tempo a proteção eqüitativa daquele que se obriga voluntariamente;
b) defender a ordem pública contra atos de vontade ilícitos e imorais" ("Le concept et le rôle des obligations dares la

jurisprudence", *Revue internationale de Droit Comparé*, Paris, 1951, p. 48 e s., publicado por ocasião do Rapport (n) / *Revue de Droit Franco-Latino-Américain* (7ⁱⁿ, Toulouse, 1950).

#173

Não se enquadram dentro do conceito de capacidade. O menor de 18 anos não pode praticar pessoalmente atos da vida civil, porque a lei o considera incapaz. Igualmente, a sociedade anônima não pode comprar suas próprias ações, nem o falido dispor dos bens da massa, nem o procurador ou o tutor adquirir bens confiados à sua gestão. Mas é evidente que as razões que ditam uma impossibilidade não são as mesmas que ditam a outra. Não estão mais em discussão, nestas últimas hipóteses, as qualidades intrínsecas da pessoa que a fazem mais ou menos apta para exercer sua autonomia privada; mas sim a posição da pessoa a respeito de determinadas coisas ou bens considerados como possíveis objetos de negócios jurídicos em geral, ou de especiais categorias de negócios`.

Assim se fixa a distinção: capacidade é a aptidão intrínseca da pessoa para dar vida a negócios jurídicos; legitimação é a aptidão para atuar em negócios jurídicos que tenham determinado objeto, em virtude de uma relação em que se encontra, ou se coloca, o interessado em face do objeto do ato".

Assim, o condômino é pessoa inteiramente capaz, mas não tem legitimação para vender seu quinhão em coisa indivisível a terceiros, a menos que o haja oferecido aos seus consortes e estes tenham declinado da proposta; nesse momento adquire, o comunheiro, legitimação (CC, art. 504). Os ascendentes não podem vender a seus descendentes, ainda que sejam plenamente capazes, a menos que os outros descendentes concordem com a venda. Até colherem tal concordância, falta-lhes legitimação (CC, art. 496).

b) Liceidade do objeto. Aqui o problema não é mais da idoneidade do objeto, já examinado entre os elementos, mas de sua liceidade. Trata-se de vedar aqueles atos cujo escopo atente contra a lei, contra a moral ou contra os bons costumes. O ordenamento jurídico só dá eficácia à vontade humana, como criadora de relações jurídicas, se e enquanto ela procura alcançar escopos que não colidam com o interesse da sociedade. Se o objeto do negócio é fisicamente impossível, é ele inidôneo, faltando, por conseguinte, ao ato jurídico um elemento substancial; mas, se é juridicamente impossível, o defeito não é mais de idoneidade, porém de liceidade (RT, 142 / 774).

#174

Nos países causalistas, o negócio não tem eficácia em virtude da iliceidade da causa". Na França, dada a escassez dos textos, a matéria se completou pelo esforço da jurisprudência, que elaborou toda uma teoria a respeito dos contratos com causa imoral 'y'. Assim, são numerosos os julgados proclamando a ineficácia de contratos efetuados entre concubinos, de negócios de corretagem matrimonial, de convenções relativas às casas de tolerância, ao jogo, à exploração de remédios secretos, ou negócios favorecendo a realização de crimes ou delitos",.. Trata-se de atos cuja causa é imoral. Entre nós, é requisito de validade do negócio jurídico a liceidade do objeto; e a orientação da doutrina e da jurisprudência é igualmente no sentido de se não dar validade aos atos cujo objeto contrasta com a lei, com a moral ou com os bons costumes`.

Os tribunais por vezes aplicam, quando o objeto do contrato é imoral, o adágio *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, ou seja, a regra segundo a qual ninguém pode ser ouvido ao alegar sua própria torpeza. Ou então o princípio *ira pari causa turpitudinis cessat repetitio*, o que vale dizer que, se ambas as partes, no contrato, agiram com torpeza, não pode qualquer delas pedir devolução da importância que pagou.

A primeira dessas parênticas tem por fim excluir a repetição das prestações pagas em virtude de um contrato contrário aos bons costumes, ou à ordem pública. Tal repetição, em rigor, seria devida, pois, sendo nulo o contrato, impõe-se devolver as partes ao estado em que se encontravam antes dele (CC, art. 182). Mas os tribunais, na defesa de sua dignidade, recusam-se a ouvir o autor, pois não lhes é permitido tolerar que uma pessoa proclame, nos pretórios, sua própria torpeza 200.

#175

A segunda se inspira em idêntico princípio. Eis a lição de Aubry e Rau: "Todavia, se se trata de um pagamento feito em execução de uma convenção que, por sua natureza, devia permitir a ambas as partes uma vantagem ilícita, e que, por conseguinte, não podia ser por qualquer delas alegada, sem torpeza para uma e para outra, a ação de repetição não será admitida.

Assim, a eventual aplicação de tais adágios fará com que as pessoas participantes de um contrato imoral não sejam ouvidas em juízo. Por conseguinte, se um dos contratantes efetuou sua prestação, não a poderá pedir de volta. O problema relevante é o de saber se tal solução é justa; ou, mais ainda, se ela é legal'. Entre nós, por vezes, o legislador determina a aplicação do princípio segundo o qual uma das partes não poderá ser ouvida alegando a própria torpeza.

#176

É o que ocorre, por exemplo, na hipótese do art. 885 do Código Civil, onde a lei nega o direito à repetição do pagamento feito para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei; ou ainda na hipótese contemplada no art. 150, onde a torpeza das partes conduz o legislador a desprezar a demanda de ambas, pois uma e outra recorreram ao dolo.

Fora dessas e das outras hipóteses mencionadas na lei, prevalece a regra do art. 182. Decretada a nulidade do ato, as partes serão reconduzidas ao estado em que antes dele se achavam. A rigidez de tal princípio poderá, entretanto, ser infirmada, quando se tornar manifesta a injustiça e a inconveniência da solução.

c) A forma. É requisito de validade dos atos jurídicos obedecerem à forma prescrita, ou não adotarem a forma defesa em lei.

A liberdade de forma constitui a regra, pois ela será livre, a menos que a lei determine o contrário. De resto o art. 107 do Código Civil proclama:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Em numerosos casos, entretanto, a lei prescreve uma forma especial. Assim, por exemplo, a compra e venda de imóveis de valor superior ao fixado em lei (CC, art. 107); os pactos antenupciais, não se podem fazer a não ser por escritura pública (art.

1.640, parágrafo único). O penhor e o seguro dependem pelo menos de instrumento escrito, ainda que particular, para seu aperfeiçoamento. Outros não dependem de qualquer solenidade. Os primeiros, isto é, os que dependem de forma prescrita em lei, são atos formais ou solenes; os demais, que não dependem nem precisam se revestir de qualquer forma determinada para se aperfeiçoar, são os atos não formais, ou não solenes.

O requisito da forma, quando exigido pelo legislador, tem múltipla finalidade. Poder-se-ia ressaltar a facilidade de prova, a maior garantia de autenticidade do ato, a mais ampla dificuldade em apresentar-se a vontade do agente viciada pelo dolo ou coação e, um fator que nem sempre tem sido devidamente realçado, a solenidade revestidora do ato, que tem o condão de chamar a atenção de quem o pratica para a seriedade do ato. Aliás, observe-se como muitas vezes a lei cerca os atos de alta importância de complicadas formalidades, como a de chamar a atenção das partes para a seriedade da atitude que estão toman-

#177

do. Não há ato jurídico mais solene do que o casamento; por igual, o testamento também se apresenta como ato extremamente complexo; ora, num e noutra, dada a importância que oferecem tanto para a sociedade como para o indivíduo, o formalismo exigido serve também para chamar a atenção do nubente, ou do testador, para a seriedade do passo que se dispõe a dar.

A doutrina por vezes distingue as formas ad solennitatem das formas ad probationem tantum. Aquelas seriam substanciais ao ato, que só se completaria e se aperfeiçoaria quando revestido de tais formas. Assim, por exemplo, a transmissão de bens por ato de última vontade, o que se perfaz por testamento. Este, por sua vez, só tem eficácia se obedecer a uma das formas capituladas na lei. A declaração do testador feita por forma diversa é ineficaz, não gerando qualquer efeito. A forma e o ato, por assim dizer, confundem-se.

As formas exigidas ad probationem tantum, ao contrário, não seriam fundamentais à existência do ato, capaz de sobreviver sem elas. Mas o ordenamento jurídico recusar-se-ia a admiti-lo como provado, a não ser que se demonstrasse sua ulatimação por determinada forma. Assim, por exemplo, não se poderia provar a compra e venda de imóvel de valor superior ao fixado em lei, a não ser por escritura pública.

Tal distinção oferece menor interesse. Se a lei só permite que se prove um ato jurídico mediante uma forma determinada, tal forma é da substância do ato, porque sem tal solenidade o mesmo não se admite como existente. Ou, como propõe Orlando Gomes, "a forma é livre ou determinada. Se a lei exige forma especial, é necessariamente ad solennitatem. Se não exige, o ato pode ser provado por qualquer dos meios admitidos em Direito, em virtude do princípio da liberdade de forma""".

92. O art. 112 do Código Civil

O art. 112 do Código Civil, dispondo que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, contém mais um princípio de interpretação dos negócios jurídicos do que uma regra de direito. O legislador abre um caminho ao intérprete, para ajudá-lo a resolver os casos obscuros. Havendo dúvida, deve o juiz perscrutar a vontade das partes, ou seja, o que os contratantes efetivamente queriam, pois,

#178

sendo o ato jurídico um ato de vontade, é o conteúdo volitivo que deve ser procurado. Todavia o legislador não esclarece a maneira de se descobrir o intento das partes e parece-me que, assim sendo, deve-se tomar o sentido normal das expressões, aquilo que o homem normal habitualmente entende pela locução usada. O Código Civil italiano oferece um adinículo ao intérprete ao prescrever em seu art. 1.362, 2ª alínea, que:

"... para determinar qual a comum intenção das partes deve-se ter em conta o próprio comportamento conjunto de cada qual, ainda que posterior à conclusão do contrato".

O art. 112, porém, não autoriza, a meu ver, que se prefira a vontade à declaração, embora esta não corresponda àquela, quando referida declaração for clara e insuscetível de dúvida.

93. Classificação dos negócios jurídicos

Costumam os escritores, ao tratar dessa matéria, proceder à classificação dos negócios jurídicos LO1. Estes se dividem em:

a) Negócios unilaterais e bilaterais. Unilaterais são aqueles atos em que basta a declaração de vontade de uma das partes para que o negócio jurídico se aperfeiçoe. Bilaterais são aqueles em que se requer a manifestação de vontade de ambas as partes, para que o negócio se complete -0'. Assim, o testamento é negócio unilateral porque depende tão-só da vontade do testador206enquanto os contratos são bilaterais, pois só se ultimam quando há anuência de ambos os contratantes.

#179

b) Negócios onerosos e gratuitos. Negócios onerosos são aqueles em que à vantagem obtida corresponde um sacrifício'07. Existe uma reciprocidade de prestações entre as partes, como na compra e venda, na locação etc. Negócios gratuitos são os que envolvem sacrifício apenas de uma das partes pois a outra apenas deles se beneficia. O exemplo típico de negócio gratuito é a doação.

Todo negócio oneroso é bilateral, porque a prestação de uma das partes envolve uma prestação da outra. Mas nem todo ato bilateral é oneroso. Contratos (portanto, atos bilaterais) há que são gratuitos, como ocorre com a doação, o comodato e o mandato")'.

c) Negócios "causa mortis" e inter vivos". Considerando o tempo em que devam produzir efeitos pode-se proceder à distinção acima. Causa mortis são os atos que devem produzir efeitos após a morte de seu agente, assim colho o testamento, ou a doação causa tmortis, a que se refere o art. 314 do Código Civil. tnter vivos são os negócios cujos efeitos se devem produzir durante a vida dos interessados, assim como o mandato, o depósito, o reconhecimento de filhos etc.

d) Negócios solenes e não solenes. Solenes ou formais são os negócios que demandam, para se aperfeiçoar, além de outros requisitos, a obediência a uma forma prescrita em lei. Não solenes ou não formais são os negócios que não dependem de forma determinada, podendo as partes recorrer a qualquer delas. Negócio solene é o testamento, ou a adoção (escritura pública), ou o penhor agrícola (forma escrita, instrumento público, ou particular); não solene é a compra e venda de bens móveis, a qual se ultima e aperfeiçoa até quando feita verbalmente"-0y.

#181

CAPÍTULO IV DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

SUMÁRIO:

94. Nota introdutória ao capítulo sobre os defeitos do negócio jurídico.
 95. Caracterização e distinção entre os vários defeitos: vícios da vontade e vícios sociais.
 96. Vícios do consentimento.
 97. Disparidade entre a vontade real e a declaração.
 98. O erro. Pressupostos para que torne anulável o ato jurídico.
 99. Erro substancial.
 100. Erro escusável.
 101. Erro conhecido ou reconhecível pelo outro contratante.
 102. Transmissão errônea da vontade por instrumento ou nuncio.
 103. O falso motivo.
 104. O dolo, sua distinção do erro.
 105. Dolo principal e dolo accidental.
 106. O dolos bonus e o dolos nulos.
 107. O dolo por omissão.
 108. O dolo de ambas as partes.
 109. A coação. Conceito e disciplina jurídica.
 110. Pressupostos para que se caracterize o vício.
 111. A coação deve ser causa do ato.
 112. A ameaça deve ser grave.
 113. O temor reverencial.
 114. A ameaça deve ser injusta.
 115. A ameaça deve ser de um mal iminente.
 116. Conteúdo da ameaça: sobre quem deve recair, e o problema da intensidade de suas conseqüências.
 117. A coação provinda de terceiros.
 118. Do estado de perigo.
 119. Da lesão.
 120. A fraude contra credores. Conceito e idéia de ação revocatória.
 121. Atos de transmissão gratuita e de remissão de dívidas.
 122. Atos de transmissão onerosa.
 123. A fraude ainda não ultimada.
 124. O pagamento antecipado de dívidas.
 125. Outorga fraudulenta de garantias.
 126. Legitimação ativa e passiva para a ação pauliana.
94. Nota introdutória ao capítulo sobre os defeitos do negócio jurídico
Talvez este capítulo, do Código de 1916, seja o que mais modificações experimentou com o advento do Código de 2002. A mais notável dessas modificações foi a retirada, do rol dos defeitos, da simulação e sua inserção entre os atos nulos, no capítulo a respeito da invalidada do negócio jurídico (art. 167). Portanto é em tal espaço que este livro estudará a simulação. Criaram-se dois novos defeitos, um deles o ato praticado em estado de perigo, que a doutrina antes tratava junto com a coação,

e outro a

#182

lesão, suprimida pelo legislador de 1916 e restabelecida pelo codificador de 2001.

Esses defeitos, nem todos derivados do mesmo fenômeno voluntário, são grupados pelo legislador no mesmo capítulo, pois a

presença de cada um possibilita a anulação do negócio que deles é portador. Com efeito, dispõe o art. 171 serem anuláveis

os negócios portadores do vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.

Ao tratar dessa matéria aproveitei, dentro do possível, o texto contido nas mais de trinta edições deste volume.

95. Caracterização e distinção entre os vários defeitos: vícios da vontade e Vícios sociais
No Capítulo 11 do Título 1 do Livro 111 da Parte Geral do Código Civil, cuida o legislador daqueles defeitos

capazes de infirmar o ato jurídico, São defeitos de natureza diversa, certamente grupados pelo legislador sob uma única

rubrica, em virtude de todos conduzirem a idêntico resultado, isto é, à anulabilidade do negócio jurídico. De fato. De acordo

com o art. 147, 11, do Código Civil de 1916:

"Art. 147. É anulável o ato jurídico:

.....

11 - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)".

Regra semelhante se encontra no art. 171, 11, do Código atual, cora as modificações já referidas.

Sem dúvida trata-se de defeitos de natureza diversa. De um lado impõe-se distinguir os Vícios do consentimento, isto é,

o erro, o dolo e a coação; de outro, os chamados vícios sociais²¹⁰, ou seja, a fraude contra credores e antigamente a simulação.

Enquanto os primeiros incidem sobre a vontade impedindo de se externar conforme o íntimo desejo do agente, nos dois últimos

defeitos o consentimento se revela desembaraçado de peias. Na simulação, a vontade exposta se conforma com a intenção dos

declarantes que se avençam no sentido de manifestá-la de maneira determinada,

#183

e na fraude contra credores o ato de alienação do património do devedor é deliberado e consciente.

Uma rápida descrição de cada um desses vícios acentuará a diferença entre eles, marcando a profunda diversidade entre os

três primeiros e os dois últimos.

Ocorre o erro quando o autor da declaração a emitiu inspirado num engano, ou na ignorância da realidade. O vício recai sobre

o próprio consentimento, que não seria manifestado da maneira por que o foi se conhecidas as circunstâncias do negócio.

O que o marca é o fato de ser espontâneo.

Se tal engano, ao invés de espontâneo, foi provocado pelo comportamento malicioso do outro contratante, ou de terceiro com

ciência daquele, aparece a figura do dolo. Ainda aqui o defeito recai sobre o próprio mecanismo volitivo.

Também na coação o consentimento se mostra defeituoso. A anuência é provocada por ameaça, de sorte que lhe falta a imprescindível espontaneidade.

Nas três hipóteses, portanto, é a vontade, mola do ato jurídico, que aparece prejudicada, quer por não se manifestar conscientemente, quer por externar-se coagida. Assim, nos três casos, a vontade se revela em disparidade com a declaração, surgindo a figura do defeito do consentimento.

Na simulação a declaração reveladora da intenção negociada não difere da vontade que os simuladores tiveram o intento de externar. Ocorre quando duas pessoas, ajustadas entre si, apresentam uma declaração diferente de seu íntimo querer, com o fim de ludibriar terceiros; mas tal declaração aparente representa o resultado de uma deliberação consciente.

A fraude colar a credores se manifesta pelo procedimento deliberado e consciente do devedor, que, no intuito de prejudicar seus credores, diminui maliciosamente seu patrimônio. Aqui, como na simulação, a vontade que gera o negócio anulável não sofreu constrangimento nem se externou insciente das circunstâncias externas do ajuste. O devedor almejava alcançar um fim e recorreu a um meio que lhe pareceu adequado para atingi-lo.

Em todas as hipóteses, pode vir o negócio a ser infirmado; contudo, enquanto nos vícios do consentimento a lei, através da anulação,

#184

visa proteger o autor da declaração, na simulação e na fraude, a ação anulatória é conferida em benefício dos terceiros lesados.

Passarei a examinar cada um desses defeitos, encetando pelos vícios do consentimento. Entre os vícios do consentimento, e tratada como tal, será analisada a lesão¹ e ao lado da coação será examinado o ato praticado em estado de perigo.

96. Vícios do consentimento

Já se viu que o ato jurídico é o ato lícito da vontade humana capaz de gerar relações na órbita do direito. Se o ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, para que ele se aperfeiçoe mister se faz que essa vontade se externe livre e consciente. Se tal inoocorre, falta o elemento primordial do ato jurídico, que, por conseguinte, é suscetível de ser tornado sem efeito. De fato, se o consentimento, reflexo da manifestação volitiva, vem inquinado de um vício que o macula, a lei, no intuito de proteger quem o manifestou, permite-lhe promover a declaração de ineficácia do ato gerado pela anuência defeituosa.

97. Disparidade entre a vontade real e a declaração

Essa proteção

conferida ao autor da declaração colide, de certo modo, com um outro interesse que a ordem jurídica precisa proteger: o

de segurança das relações negociais. Se alguém, externando uma vontade, cria uma expectativa no meio social e vincula a

essa declaração a terceiros, que razoavelmente a imaginaram válida, é perigoso, e possivelmente injusto, permitir

o desfazimento do negócio pela arguição do vício de vontade. Surgem, com efeito, dois interesses antagônicos: de um lado,

#185

o interesse do emissor da declaração; de outro, o interesse daqueles a quem se dirigia a declaração e que nela justamente confiaram.

A primeira posição, evidentemente mais individualista, assentase na teoria da vontade real, cientificamente formulada por

Savigny¹³. Se, no ato jurídico, o direito empresta conseqüências ao querer individual, é evidente que, se ocorre disparidade

entre a vontade e a declaração, é a primeira que deve prevalecer.

Essa teoria, a despeito de lógica, abre seu flanco a conseqüências perigosas. Ela é capaz de semear grande insegurança no

meio em que a declaração se projeta e, portanto, na sociedade, pois qualquer negócio, aparentemente consolidado, pode vir

a se desfazer se uma das partes demonstrar que com ele concordou inspirada em erro¹³

Aliás, essa concepção, produto de um período de fastígio do individualismo, atende apenas ao interesse do autor da declaração,

ignorando o da sociedade para a qual a declaração se dirige.

Reagindo contra a teoria da vontade real, a teoria da declaração escolhe senda oposta.

Desconsidera a vontade, para ater-se

ao reflexo externado (representado pela declaração), almejando, desse modo, assegurar a estabilidade das relações negociais.

Se despreza o interesse do emissor da declaração, protege o da pessoa a quem a declaração se dirige.

Como reação ao extremismo desta última teoria, e representando uma tendência de retorno moderado à doutrina da vontade real,

apareceu a teoria da responsabilidade.

Embora partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico busca realizar a autonomia da vontade, tal teoria reconhece

que, mesmo desacompanhada da vontade, pode a declaração ter efeito obrigatório quando a disparidade entre ela e a vontade

real decorrer de culpa ou dolo do declarante. Em tal caso, o declarante vincula-se, a despeito de o não querer, por isso

que é responsável pelo desacordo entre

jurídica desse ato e o ferisse de nulidade" (A sinmlaço..., cit, n. 2).

#186

o que disse e o que quis. Não se pode aproveitar de sua própria torpeza (se houver dolo), ou de sua própria incúria (se

houver culpa), para promover a ineficácia do ato, com prejuízo para os terceiros de boa-fé que confiaram na verdade da declaração

emitida. Porém, dentro de tal teoria, que, como disse, representa um abrandamento à teoria da vontade real, a parte a quem se destina a declaração continua desprotegida e corre o risco de ver desfazer o negócio em que legitimamente confiou, apenas porque o emissor da declaração incidiu em erro, ainda que de boa-fé. O recuo, representado pela teoria da responsabilidade, também se mostra, assim, insuficiente para assegurar a estabilidade das relações sociais. A solução talvez se encontre na teoria da confiança. Representa um abrandamento da doutrina da declaração, pois parte da prevalência desta sobre a vontade, visando, por conseguinte, proteger a pessoa a quem a declaração se dirige. Mas essa proteção só se concede quando tal pessoa atua de boa-fé. Se a declaração difere da vontade, é a declaração que deve prevalecer, pois a pessoa a quem é dirigida decerto não tinha elementos para verificar tal disparidade. Se, entretanto, esse contratante conhecia a divergência entre o querido e o declarado, ou se podia descobri-la atuando com mediana diligência, então não sofre prejuízo com o prevalecimento da vontade real sobre a declarada, nem merece que se lhe conceda proteção, pois entrou consciente no negócio, conhecendo os riscos que ameaçavam sua anulação; quis valer-se de um engano da outra parte, ou então atuou com negligência, fatos que o não intitulam à simpatia do legislador".

Tal concepção demonstra deliberado abandono daquela posição individualista original, de ilimitado respeito ao dogma da vontade, para acolher um ponto de vista mais atento ao interesse geral.

#187

A adoção dessa teoria conduziu o legislador italiano a uma solução, que será analisada ao estudarmos o erro. No Código daquele país, determinou-se que o erro só constitui causa de anulação do contrato quando, além de essencial, for reconhecível pelo outro contratante (CC italiano, arts. 1.428 e 1.431). A mesma solução foi adotada pelo legislador brasileiro de 2001.

98. O erro. Pressupostos para que torne anulável o ato jurídico.

é a idéia falsa da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse,".

Se o ato jurídico é ato de vontade, e se a vontade se apresenta viciada por um engano que a adultera, permite a lei que, dados certos pressupostos, se invalide o negócio. Todavia, não é qualquer espécie de erro que a lei admite como causa de anulabilidade. É mister - e estes são os pressupostos requeridos pela lei - que o erro seja substancial, que seja escusável e que seja conhecido ou suscetível de ser conhecido pelo outro contratante.

Se for acidental o erro, isto é, se for um erro de menor importância, não há margem para a ação anulatória. Da mesma forma,

se quem errou o fez por sua própria culpa, se o engano em que incidiu adveio de sua própria negligência, imprudência ou imperícia, não se pode beneficiar com a anulação, antes deve agüentar as conseqüências do negócio malsinado. Finalmente, se quem contratou com a vítima do erro conhecia o engano em que incidia o seu contratante, ou podia, com alguma diligência, descobrir o referido engano, também não pode alegar a sua boa-fé, nem exigir que o negócio prevaleça.

#188

99. Erro substancial

Diz a lei serem anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial. Conforme define a doutrina, erro substancial é aquele de tal importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria. Para diminuir o arbítrio do juiz no que se refere à classificação do erro, a própria lei define o que entende por erro substancial".

O Código de 1916 considera como tal: a) o que interessa à natureza do ato; H) o que interessa ao objeto principal da declaração; c) o que recai sobre alguma de suas qualidades essenciais; d) o que diz respeito às qualidades essenciais da pessoa a quem a declaração se refere.

O Código atual alterou aquele texto para considerar o erro substancial quando o engano (art. 139):

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Vejamos as hipóteses:

(i) Erro que interessa à natureza do ato. O alienante transfere a coisa a título de venda, e o adquirente a recebe como doação. Em rigor não se pode admitir nem a existência de uma venda, nem

a de uma doação, porque o vendedor se dispôs a entregar a coisa a título oneroso, e

#189

o adquirente, a recebê-la a título gratuito. Há um erro sobre a natureza do contrato, que o impede de ganhar eficácia ou mesmo de se formar 217.

b) Erro sobre o objeto principal da declaração. Uma pessoa troca uma residência por um terreno situado em determinada rua,

o qual, sabe o interessado, vale R\$ 200,00 o m²; ultimado o negócio, verifica que tal terreno efetivamente se situa em rua

daquele nome, mas em pequeno vilarejo do interior e não na cidade que tinha em vista, e que valia R\$ 20,00 o m². Há um erro

substancial sobre o objeto principal da declaração, o qual constitui elemento suficiente para se requerer, com êxito, a anulação da troca 211.

c) Erro que recai sobre alguma das qualidades essenciais do objeto principal da declaração. O exemplo clássico, mencionado por Pothier e modernamente por Colin e Capitant, é tirado da codificação justinianéia, e se refere à pessoa que adquire candelabros prateados, cuidando serem de prata, ou, ainda, à pessoa que adquire um quadro por alto preço, na persuasão de se tratar de original quando não passa de cópia. Nessas hipóteses, a razão exclusiva do consentimento foi a certeza de que o objeto possuía qualidade determinada, cuja inexistência, posteriormente verificada, justifica o desfazimento da avença. Há um erro que recai sobre qualidade essencial do objeto, sem a qual o adquirente não se disporia a adquiri-lo. O Tribunal de São Paulo entendeu haver erro essencial, concernindo à qualidade essencial do objeto vendido, no fato de o terreno, objeto do negócio, não ter saída para via pública (RT, 277/239).

190

d) Erro que diz respeito a qualidades essenciais da pessoa a quem a declaração se refere. Alguém faz doação a terceiro crendo tratar-se da pessoa que lhe salvou a vida. Descobre, posteriormente, que o beneficiário da liberalidade não participou do salvamento. Ora, nesse caso, decerto, o consentimento existiu num momento dado, e o doador, de fato, quis beneficiar a pessoa nomeada no instrumento. Apenas tal deliberação adveio da persuasão de cuidar-se do herói que lhe salvara a vida, fato que se apurou não corresponder à verdade. Trata-se, portanto, de consentimento provocado por erro sobre qualidade essencial da pessoa a quem se refere a declaração de vontade. É o caso, ainda, do testamento contemplando filho natural e que, ao depois, se descobre não ser filho do testador. O ato jurídico inspirou-se num erro sobre qualidade essencial da pessoa referida na declaração. São negócios feitos intuitu personae, ou seja, tendo em consideração determinada pessoa. Seria absurdo admitir-se que continuariam eficazes quando outro fosse o sujeito da relação jurídica.

100. Erro escusável

Não exige expressamente a lei o característico da escusabilidade do erro, para admiti-lo entre os defeitos do ato jurídico. De sorte que, se o intérprete se ativer à mera exegese literal, basta ser o engano substancial para tornar anulável o ato. Tal interpretação, a meu ver, é inadmissível. O próprio projeto Clóvis Beviláqua, no qual se moldou o Código Civil de 1916, não continha tal requisito. Não obstante, esse eminente mestre, quer em seus monumentais comentários, quer em sua Teoria geral do direito civil (§ 51), cujo texto é de 1899, condiciona a alegabilidade do erro à circunstância de ele ser escusável²¹¹.

A omissão de referido pressuposto na lei decorre do fato de o legislador entender que ele se encontra implícito no conceito de erro, sendo, portanto, supérfluo insistir.

#191

Parece efetivamente impossível imaginar que a lei possa autorizar o desfazimento de um ato jurídico, em benefício de quem o promoveu, baseado em erro inescusável.

Aliás, nesse sentido se multiplicam os julgados. Entre eles, um do Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o eminente Espínola, proclama em sua ementa:

"O erro pode ser escusado, mas não pode invocá-lo quem foi culpado pelo mesmo, não empregando a diligência ordinária" (RT, 119/829).

Noutro aresto, por igual, reafirma-se a necessidade de o erro ser escusável para poder aproveitar a quem o alega. Apenas o critério para apurar a culpa varia; em vez de ser o abstrato, baseado no comportamento de um homem de diligência ordinária, considera-se o caso concreto, ou seja, levam-se em consideração as condições pessoais de quem errou.

Diz o aresto:

"O erro que dá causa à anulação do contrato é o erro escusável, cumprindo a esse propósito examinar as condições pessoais da parte que o alega. Não o pode invocar, em relação ao terreno comprado e que não serve para construção, em virtude de recuo determinado pela Municipalidade, o construtor que deve, por força de sua atividade, estar a par das deliberações da Prefeitura no tocante à sua especialidade" (RF, 90/438)2211.

101. Erro conhecido ou reconhecível pelo outro contratante

Como já foi dito, o atual Código Civil italiano só admite a alegação do erro, para promover a anulação do negócio jurídico, se for ele conhecido ou reconhecível pela outra parte (art. 1.428). O erro é reconhecível quando, em relação ao conteúdo, às circunstâncias do contrato, ou à qualidade dos contraentes, uma pessoa de diligência normal poderia percebê-lo (art. 1.431).

Tal solução em muito aproxima o erro do dolo. Entretanto parece-me extremamente justa.

Aqui se defrontam dois interesses colidentes, a saber, o daquele que errou e que pretende desfazer o ato

#192

jurídico gerado no erro, e o de terceiro que, de boa-fé, contratou com a vítima do erro, e que deseja que prevaleça o negócio

jurídico. Ora, tendo de escolher a quem atribuir o prejuízo, o legislador italiano prefere atribuí-lo à vítima do erro,

em vez de sacrificar a pessoa que, de boa-fé, acreditou na declaração. Se os dois contratantes estavam de boa-fé e um errou,

não há razão para descarregar sobre os ombros do outro o prejuízo resultante da anulação. Contudo, se aquele que contratou

com a vítima do erro estava de má-fé, conhecia o erro da outra parte ou poderia descobri-lo se agisse com normal diligência, não mais faz jus à proteção do ordenamento jurídico. Nesse caso o negócio é anulado, em benefício da vítima do engano.

Essa solução atende melhor ao interesse da sociedade, porque assegura mais eficazmente a firmeza das relações negociais.

Esse texto, que é das edições anteriores ao Código de 2002, não encontrava guarida na legislação brasileira. Hoje, entretanto, encontra-se na lei. Com efeito, o art. 138 do novo Código Civil declara que são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Portanto, entre nós, para que o erro possa ser proveitosamente alegado, mister se faz a demonstração de que a pessoa que contratou com a vítima do engano estava ao corrente de tal circunstância, ou poderia, com diligência normal, ter-se posto ao corrente do erro²²¹.

102. Transmissão errônea da vontade por instrumento ou nuncio

Considera-se, igualmente, erro da mesma qualidade que o resultante da declaração direta aquele advindo da transmissão defeituosa da vontade por instrumento ou nuncio.

Alguém manifesta seu consentimento por meio de telégrafo, ou de representante, e a mensagem chega truncada ao destino.

A regra que deflui da lei, nessa matéria, é a mesma já apontada. Se a vontade foi mal transmitida pelo mensageiro, há que se apurar se

#193

houve culpa in eligendo ou mesmo in vigilando do emitente da declaração. Se afirmativa a resposta, não pode tal erro infirmar o ato, por ser inexcusável. Todavia, essa solução deve ser completada por outra idéia. Se a pessoa que recebe a mensagem errada tem elementos para aferir sua autenticidade e seu conteúdo, mas, por negligência ou dolo, não o faz, então não merece, tampouco, a proteção da lei. E, assim, o negócio deve ser desfeito, aplicando-se a regra geral de que o erro anula o ato jurídico (CC, arts. 138 e 142).

103. O falso motivo

O art. 90 do Código de 1916 determinava que a falsa causa só viciava o ato quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição²²².

O art. 90 deferia às partes a possibilidade de promoverem o erro accidental a erro relevante, desde que expressamente o pactuassem, sob a forma de condição. Nesse sentido decidiu a 4ª Câmara Cível do Tribunal de São Paulo, em acórdão relatado pelo eminente Prof. José Frederico Marques:

"Se a aquisição de um fundo de comércio teve por motivo determinante a perspectiva de boa e numerosa freguesia, garantida e apontada pelo vendedor no próprio contrato, tem-se aí o que se denomina em direito o pressuposto ou razão determinante do negócio. Não se caracterizando aquela perspectiva o contrato é anulável por erro" (RT, 231/189)221.

O erro sobre o movimento de negócios de um estabelecimento não é substancial; mas, se as partes convencionarem que essa é a razão determinante do contrato, o erro sobre tal assunto é promovido de accidental a substancial, e pode, por conseguinte, ser proveitosamente alegado para se promover a anulação do ajuste.

Os motivos do ato são do domínio da psicologia e da moral, como ensina Beviláqua²². Mas se as partes decidem elevar esses motivos à

#194

categoria de condição de validade do ato jurídico, eles passam a ser elementos substanciais do negócio, e sua falta conduz ao perecimento da relação jurídica. O atual Código Civil, art. 140, substituiu o vocábulo causa pela palavra motivo.

104. O dolo, sua distinção do erro

Dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro-

O dolo em muito se avizinha do erro, e, se representa uma limitação à eficácia do ato jurídico, isso ocorre porque a vontade que o constituiu manifestou-se enganada. Entretanto, enquanto no erro o engano é espontâneo, no dolo é provocado. Ele advém do embuste do outro contratante, de sua malícia, de sua manha no sentido de ludibriar a vítima.

Daí alguns escritores-' assimilarem esses dois defeitos, por entenderem que a causa da anulabilidade do ato jurídico é sempre o erro, quer espontâneo, quer provocado, isto é, o dolo.

Planiol' que reconhece a semelhança entre os dois vícios, aponta, contudo, a utilidade de distingui-los:

a) Casos há em que a mera alegação do erro bastaria para conduzir o julgador a decretar a anulação do ato. Mas a prova do erro não é fácil, de modo que a vítima poderá caracterizá-lo mostrando o artifício doloso a que o outro contratante recorreu para ludibriá-la. E é menos difícil evidenciar o embuste derivado do dolo do que demonstrar que o consentimento se inspirou num pensamento secreto e errado.

b) O erro sobre o motivo do ato não defere ação de anulação, como já foi mostrado (v. n. 95 supra). Mas, se tal motivo foi gerado

#195

pelo dolo do outro contratante, o negócio é anulável por dolo, embora não o fosse por erro.

105. Dolo principal e dolo accidental

Ao definir o dolo accidental (CC, art. 146), a lei estabelece distinção entre ele e o dolo principal. Se é accidental o dolo quando, a seu despeito, o ato se teria praticado, embora de outro modo, fácil concluir que o legislador entende por dolo principal aquele que se revela a causa determinante do ato.

O dolo principal (*dolus dans causam contrariai*) constitui vício do consentimento, capaz de anular o ato jurídico; o accidental (*dolus accidens*) não passa de um ato ilícito, que gera, para seu agente, uma obrigação de reparar o prejuízo causado à vítima`.

Nas duas hipóteses, existe a deliberação de um contratante de iludir o outro. Na primeira, apenas o artifício faz gerar uma anuência que jazia inerte e que de modo nenhum se manifestaria sem o embuste"; na segunda, ao contrário, o consentimento viria de qualquer maneira, só que, dada a incidência do dolo, o negócio se faz de maneira mais onerosa para a vítima do engano. Naquela, o vício do querer enseja a anulação do negócio; nesta, o ato ilícito defere a oportunidade de pedir a reparação do dano.

Assim, como exemplo de dolo principal, encontramos julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo (RT, 226/395) que anulou ato pelo qual alguém fora dolosamente induzido a vender, por preço baixo, quinhão hereditário relativamente valioso. Proclama o aresto ser evidente o ludíbrio, pois não é admissível que pessoas paupérrimas pudessem despojar-se de "bens que viriam enriquecer seu desfalcado patrimônio").

#196

Por outro lado, como exemplo de dolo incidente ou accidental, o Supremo Tribunal Federal (RT, 148 / 379) entendeu ter havido dolo incidente no comportamento da credora hipotecária de certa massa falida que, mediante promessa de novo negócio, levou o síndico a promover nova avaliação do prédio hipotecado, reduzindo-se, assim, para metade o valor a ele atribuído na avaliação anterior. Como o novo cálculo era inferior ao crédito preferencial, a credora obteve adjudicação do imóvel. O Pretório Excelso reconheceu ser doloso tal comportamento, mas, definindo como incidente esse dolo, manteve o negócio, condenando a citada credora apenas ao ressarcimento do dano, ou seja, ao pagamento da diferença entre o preço pelo qual se havia adjudicado o prédio e o seu efetivo valor à época da adjudicação.

106. O "dolos bonus" e o "dolos malus"

Para que o dolo constitua causa de anulação do negócio jurídico há que ser grave; em outras palavras, a gravidade do dolo é a medida de sua intensidade. Poder-se-ia dizer que, embora para a moral o embuste ou a mentira, ainda que pequenos, sejam censuráveis, para o direito há um dolo menos intenso, que é tolerado, a par de um mais grave, que é repellido. Essa distinção decorre da necessidade de se preservar a segurança das relações jurídicas.

Esse dolo tolerado é o que os romanos chamavam dolos bonus, em oposição ao dolo mais grave, que seria o dolos malus. Aquele não induz a nulidade, pois quem nele incorre o faz por sua própria culpa, ou por uma simplesza de espírito inconcebível".

O exemplo corrente de dolos bonus é a gabança, por vezes exagerada, que o alienante faz daquilo que oferece à venda; é a propaganda, o reclamo levado a efeito com o intuito de seduzir o adquirente. Mas esse procedimento é tão difundido que certamente uma pessoa normal não

#197

se deixará ludibriar pela manobra; somente um homem de credulidade infantil se porá a adquirir tudo o que lhe é oferecido apenas porque o vendedor apregoa enfaticamente seu produto. De sorte que esse exagero no gabar as virtudes de uma coisa oferecida à venda não é, dada sua menor intensidade, considerado dolo pelo ordenamento jurídico, pois falta, para que se configure o vício, o requisito da gravidade.

Decisão do Tribunal de São Paulo, em acórdão relatado pelo gran de Costa Manso, bem configura a hipótese. O autor pretendia anular a permuta que fizera de fazenda de sua propriedade por ações de certa companhia. Alegava dolo do corretor e do outro permutante, os quais lhe haviam assegurado estar referida empresa em ótimas condições. Tal asserção foi desmentida pelo fato de aquela falir logo depois. O comportamento dos réus, ao ver da Corte, não caracterizou o dolo, pois "é natural que o vendedor faça sobressair o valor e as boas qualidades do objeto, e que o comprador procure avultar seus defeitos, como é natural, também, que contra tais expedientes todos estejam prevenidos, em virtude de sua normalidade". O julgado insiste em que o autor foi vítima de sua própria negligência, pois, dadas suas condições pessoais, tinha elementos para apurar a veracidade das declarações2"-.

107. O dolo por omissão

O silêncio, via de regra, não gera qualquer efeito jurídico. Todavia, dele podem resultar obrigações

para o contratante silente, se existir o dever de enunciar uma circunstância 211. Trata-se do dolo negativo, da reticência

maliciosa, que se configura pela violação de um dever de agir.

Um problema teórico relevante é o de saber se o silêncio será imputável a quem o guarda somente quando a lei exige que se manifeste, ou se caberá ao julgador, ante o exame do caso concreto, decidir se houve abstenção dolosa, ainda quando a lei não imponha o dever de falar.

#198

Embora a primeira opinião tenha seus adeptos" e ofereça maior margem de segurança, por limitar o arbítrio do juiz, a segunda

recolhe maior número de preferência; parte ela do pressuposto de que a obrigação de falar a verdade independe de imposição expressa e decorre das necessidades do comércio jurídico. No campo das obrigações, o dever de dizer a verdade é genérico, porque o clima do contrato exige a boa-fé dos contratantes. Algumas legislações o afirmam expressamente". Nas outras, o legislador se dispensa de afirmá-lo, persuadido, talvez, de ser isso supérfluo. Em nosso sistema, a omissão dolosa de um dos contratantes, silenciando sobre circunstância que, se conhecida da outra parte, a teria dissuadido do negócio, constitui procedimento doloso, capaz de conduzir à anulação do contrato. É a regra do art. 147 do Código Civil.

Examinando-se o texto, fixam-se os seguintes pressupostos, necessários para caracterizar o dolo por omissão: (7) tratar-se de ato bilateral;

- h) haver intenção de induzir o outro contratante à prática de um ato que o prejudica e beneficia o autor do dolo;
- c) ter o autor do dolo silenciado sobre circunstância relevante, quando lhe cumpria revelá-la;
- d) ser a omissão causa do consentimento, configurando-se, assim, o dolo causador;
- e) partir a omissão do outro contratante, pois a lei se refere ao silêncio intencional de uma das partes¹.

Já se decidiu, com base no art. 147 do Código Civil, ser suscetível de anulação o compromisso de compra e venda em virtude de o alienante ter ocultado a existência de trincas no prédio objeto do contrato, quando lhe competia a obrigação de revelar tal fato (RT, 187/ 314). Entendeu-se doloso o silêncio do contratante que adquire quinhão hereditário de outrem, silenciando sobre seu efetivo valor, que,

#199

sabe, muito superior ao preço proposto³. O Tribunal de São Paulo, em acórdão posteriormente reformado em embargos (RT, 171/165), proclamou ser dolosa a omissão do vendedor de um pomar de laranjas que oculta estarem os frutos atacados de uma praga denominada leproso (RT, 168/165).

108. O dolo de ambas as partes

Para que o dolo permita a anulação do negócio jurídico, necessário se faz não seja recíproco.

Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma o pode alegar, para anular o ato ou para reclamar indenização (CC, art. 150).

Velho preceito do direito romano⁴, comum a várias legislações⁵, estriba-se no princípio de que in pari causa turpitudinis

cessat repetitio. Não se trata de compensação de dolos, mas sim de desprezo do Poder Público, que fecha os ouvidos ao clamor daqueles que, baseados em sua própria torpeza, pretendem obter a proteção jurisdicional¹⁰.

109. A coação. Conceito e disciplina jurídica

É a coação o terceiro dos vícios do consentimento. Já foi dito que o negócio jurídico tem por substrato a manifestação da vontade humana. Mas, para que a vontade alcance os efeitos almejados, é mister que ela se externar livre e consciente. Se não é consciente, por se inspirar num engano, espontâneo ou provocado, o negócio pode ser anulado, por viciá-lo o erro ou o dolo; se o querer não se manifestou livremente, o negócio pode ser desfeito, por viciá-lo a coação.

Coação, na definição de Capitant¹, é toda pressão exercida sobre um indivíduo para determiná-lo a concordar com um ato.

#200

Tal conceito, em linhas gerais, é o mesmo para a maioria dos escritores, que o completam acrescentando que o ato coator deve ser injusto².

A idéia de repúdio à violência é, necessariamente, contemporânea da de direito, como princípio fundamental da ordem jurídica.

No direito romano, o *metus*, como vício do consentimento, surge pela mão do pretor, inspirado na noção de delito. Com efeito,

em fins do século VII, o pretor Otávio criou o delito de *metus* estabelecendo a ação *quod metus causa*; a seu lado, com o fito de impedir a execução dos atos extorquidos, encontrava-se a *exceptio metus*;

para tornar nenhuns seus efeitos patrimoniais, concedeu-se uma *restitutio in integrum*³. Ensina Girard⁴ que a fisionomia delitual da ação contra o *metus* se apagou ante os efeitos civis por ela produzidos, até que se tornou um instrumento processual, destinado a obter a rescisão de um ato jurídico viciado.

É antiga a distinção entre a violência absoluta (*vis absoluta*) e a relativa (*vis compulsiva*). Aquela representa a violência física; esta, a moral.

Na primeira, isto é, na *vis absoluta*, o ato se consegue pela força física, obrigando-se, por exemplo, a vítima a assinar um documento. Nesta hipótese, não há consentimento e, por conseguinte, não há ato jurídico.

Na *vis compulsiva*, ao contrário, configura-se o vício da vontade. Seu mecanismo envolve uma escolha. A vítima tem como opção ou submeter-se ao ato exigido ou sofrer as conseqüências do ato ameaçado. O assaltante que, sacando sua arma, lança à vítima a ameaça de "a bolsa ou a vida", propõe ao assustado passante uma alternativa: ou entrega a bolsa - ato extorquido -, ou sofre as conseqüências da ameaça - perda da vida⁵.

#201

A distinção entre as duas espécies de violência aparece relevante, em virtude das conseqüências que gera. Se se tratar de *vis absoluta*, o ato jurídico é nulo, por faltar um elemento substancial, isto é, o consentimento; se, ao contrário, caracterizar-se a hipótese de *vis compulsiva*, o ato é meramente anulável.

110. Pressupostos para que se caracterize o vício

O Código Civil de 1916, em seu art. 98, determinava que a coação, para viciar o consentimento, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido.

Desse modo, enumera os pressupostos que a doutrina reconhece como necessários para caracterizar a coação.

O Código de 2002 alterou a redação da regra, suprimindo a exigência de que o dano ameaçado fosse pelo menos de valor igual

ao ato extorquido. Transcrevo o art. 151 do novo Código:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente

e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

De fato, para que a figura da coação se componha, e seja capaz de invalidar o ato jurídico, é mister:

- a) que a ameaça seja causa do ato;
- b) que ela seja grave;
- c) que ela seja injusta;
- d) que ela seja atual ou iminente;
- e) que traga justo receio de um grave prejuízo;
- f) que o prejuízo recaia sobre a pessoa ou os bens do paciente, ou pessoa de sua família.

É pelo exame desses pressupostos que será estudado esse defeito do ato jurídico. Isso porque, faltante um deles, a coação não ocorrerá.

É possível que haja ameaça sem que ela se mostre causadora da anuência; ou não se apresente revestida de adequada gravidade; ou não se configure iminente; ou se justifique. Em qualquer

dessas hipóteses, pode ocorrer que o paciente seja conduzido a contratar de maneira diferente da que faria sem o elemento

compulsivo aludido. Contudo, a falta de um requisito elementar, componente da figura da

coação, impede que esta se materialize e seja causa da anulação do negócio. Este continua firme e válido.

Entretanto, a pressão vinda do outro contratante fez com que o ajuste se ultimasse de forma diferente da que se ultimaria

sem a ameaça? Houve ato ilícito, representado pela violência, do qual deriva o direito da vítima de reclamar a indenização?

Nesta hipótese, diz-se ter havido coação incidente. Surge assim, em matéria de coação, fenômeno idêntico ao do dolo incidente. Num e noutro caso, o vício não adquire intensidade capaz de anular o ato jurídico, pois, de resto, não foi a causa direta de seu nascimento. Porém, como ato ilícito, incidiu sobre a vontade, obrigando-a a manifestar-se diferentemente do que o faria, caso não houvesse a injusta pressão; por isso obriga ao ressarcimento do prejuízo.

111. A coação deve: ser causa do ato

Para possibilitar a anulação do negócio jurídico, a violência deve ser a causa do consentimento.

Se alguém dela foi vítima, mas deu sua anuência independente da ameaça, não se configura a coação. É possível que sua concordância tenha coincidido com a violência, sem que esta gerasse aquela. Trata-se, então, de relevante questão de prova. Mas, se não se admitir evidenciada a relação de causalidade, o ato sobrevive imaculado, dada a espontaneidade do querer.

Assim já julgou o Tribunal de São Paulo quando, embora admitindo a existência de ameaças contemporâneas ao contrato, deu pela improcedência da ação anulatória, por não ver relação de causalidade entre tais ameaças e o consentimento. De fato, embora admitindo haver o réu usado de "linguagem excessiva, ameaçadora, no auge da indignação", reconheceu, contudo, que tais ameaças não constituíam elemento ponderável, capaz de suprimir o discernimento e a liberdade de ação do paciente, "homem robusto e forte" (RT, 106/590).

#203

Planiol, Ripert e Esmein!-" sustentam não só a necessidade da existência de um liame de causalidade entre a violência e a declaração de vontade, como também o mister de que o metas não tenha desaparecido do espírito da vítima ao tempo do negócio, nem se atenuado sensivelmente.

112. A ameaça deve ser grave.

Para que vicie a vontade do contratante, a coação deve ser grave. Vimos que esse vício do querer se caracteriza mediante um processo psicológico de escolha. A vítima, ante a violência que procede do outro contratante ou de terceiro, deve escolher entre os efeitos do ato extorquido e as conseqüências do ato ameaçado. Haverá coação se a ameaça provocar o aparecimento de um temor que vicie sua vontade.

Ora, para que tal processo psicológico se desencadeie, é mister que a causa geradora, isto é, a ameaça, revista-se de gravidade suficiente para provocar temor adequado. Caso contrário, não haverá vício de vontade. Duas posições são possíveis para medir a gravidade da ameaça. Uma, de caráter objetivo, menos individualista e, por conseguinte, mais abstrata; outra, de caráter subjetivo, mais individualista e, por isso mesmo, mais concreta.

Para adotar o critério abstrato, figura-se um homem médio e normal, a fim de examinar se a ameaça em questão é suficiente para assustá-lo. Se a resposta for positiva, caracteriza-se a coação; caso contrário, não. Para acolhimento do critério concreto, em vez de verificar se o ato malsinado é, em tese, capaz de viciar a anuência de um homem normal, examina-se a vítima da ameaça, tendo em vista seu sexo, sua educação, seu temperamento assustadiço ou não, para apurar se a violência contra ela perpetrada foi, ou não, suficientemente intensa para alterar-lhe a espontaneidade do querer, induzindo-a a consentir, embora sem o desejar.

No direito romano, adotava-se o critério abstrato, e o texto de Gaio ensina que só vicia o consentimento, permitindo a restituição integral, o temor capaz de impressionar um homem valoroso'.

#204

O direito moderno, entretanto, evoluiu em relação a essa posição, para reconhecer que, no exame da coação, deve-se ter em vista não apenas um homem intrépido e de ânimo viril, mas sim as condições pessoais da vítima da violência. Cumpre verificar se a ameaça bastou para aterrorizar a pessoa contra quem foi dirigida, e, se isso tiver ocorrido, houve coação, pois, de outra maneira, estar-se-ia negando a proteção da lei, justamente onde mais necessário se faz tal amparo, e convertendo-se em culpa a escassez de coragem"-4y.

É evidente que a idéia de coação deve ser repelida quando o receio da vítima é inspirado em desmedida covardia"', pois a vã ameaça, incapaz de amedrontar pessoa mediana, não pode infirmar o negócio jurídico. O Código Civil brasileiro libertou-se da influência romana para adotar o critério concreto, ou seja, o critério de exame do caso individual; com efeito, ordena que se verifique se o paciente teve, ou não, sua vontade ferida e adulterada pela coação. E a regra do art. 152:

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

Tal orientação é hoje generalizada. Como os indivíduos reagem diferentemente diante da violência, assim também o juiz deverá examinar, em cada caso individual, a maior ou menor repercussão da ameaça no paciente, desprezando-a quando excessivamente fútil, mas admitindo-a quando de molde a impressionar a vítima da coação. Além de considerar o sexo e a idade da vítima, manda a lei que se tenha em vista a sua condição social, sua saúde, seu temperamento, e todas as demais circunstâncias que possam ter influência na formação de sua manifestação volitiva. Assim, a ameaça de enfeitiçar animais ou crianças pode constituir vício do consentimento se ela se dirige a pessoa de condição e inteligência inferiores "'.

#205

Alguns julgados ilustrarão a hipótese em exame.

Já se decidiu ser coação o que parecia melhor enquadrar-se como temor reverencial, tendo em vista, entre outros indícios, o fato de a vítima ser mulher de pouco mais de 16 anos de idade. O acórdão repete que, ao apreciar a coação, deve o juiz ter em vista o sexo, a idade e a condição do paciente (RT, 136/241). Tese semelhante é defendida por aresto do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (RT, 117/298). Sustentando igual ponto de vista, e por isso repelindo a demanda de anulação do negócio jurídico, encontra-se o julgado, já mencionado (RT, 106 /590), em que se viu negada a gravidade da coação por

ser a vítima homem robusto, sadio, corado, a quem a ameaça decerto não seria capaz de assustar.

Assim, o critério do Código Civil é o subjetivo. O juiz deverá ter em conta a pessoa da vítima, para verificar se sua anuência foi extorquida mediante ameaça. Um ato incapaz de infirmar a deliberação de um homem pode ser suficiente para amedrontar uma senhora; a violência inócua contra o indivíduo sadio e jovem pode repercutir profundamente no espírito do homem doentio e idoso; a ameaça debalde dirigida ao varão independente economicamente pode conduzir o empregado, dada a sua dependência do patrão, a consentir num negócio que não consentiria se este não o ameaçasse de piorar-lhe a condição.

113. O temor reverencial

Segundo o art. 153 do Código Civil, não se considera coação o simples temor reverencial. Por

essa expressão entende-se o receio de desgostar o pai, a mãe ou outras pessoas a quem se deve obediência e respeito¹.

O temor reverencial pode constituir causa eficiente da declaração de vontade, mas, por não ser grave o efeito da desobediência, não representa vício do querer, não deferindo ao contratante, desse modo, ação declaratória de ineficácia.

Já se mostrou que a lei só concebe a existência da coação quando o declarante é posto diante de uma alternativa na qual opta pelo ato extorquido para não sofrer as conseqüências mais funestas do ato ameaçado. Ora, na hipótese de mero temor reverencial, a recusa ao ato

#206

extorquido gera mal menos considerável, ou seja, o mero desagrado da pessoa a quem se deva subordinação e respeito. De sorte que, faltando gravidade à ameaça, que por isso mesmo é incapaz de criar no espírito da vítima um fundado temor de dano, a lei deixa de equiparar o temor reverencial à coação.

Quem concorda com um ato movido apenas pelo escrúpulo de desgostar parente ou superior hierárquico³ de certo modo se equipara ao que consente diante de ameaça infantil e irrisória, cujos efeitos nenhuma pessoa normal recearia. Por isso também a lei não considera viciado o seu consenso nem permite que se desfça o ato.

O art. 153 do Código Civil brasileiro diz que não se considera coação o simples temor reverencial. Com o uso do vocábulo simples, quis o legislador significar que o temor reverencial não vicia o consentimento se se apresentar desacompanhado de outros expedientes coatores. Se a ele, entretanto, se ajuntam ameaças e violências, o temor reverencial] deixa de ser simples e passa a integrar a figura do vício da vontade.

Alguns escritores vão mais longe e ensinam que, se ao temor reverencial se acrescenta alguma violência, o contrato é anulável ainda que a vis não ofereça a gravidade requerida em outros casos.

#207

Tal opinião, a meu ver, se justifica no fato de que o temor ao pai, à mãe ou ao superior hierárquico já constitui um elemento a agravar a ameaça provinda dessas pessoas, tornando-a capaz de viciar o consenso ainda que, se oriunda de outras fontes, não parecesse suficientemente grave.

Em todo caso, há unanimidade de pontos de vista ao considerarse que o temor reverencia) simples, isto é, o que vem desacompanhado de outros expedientes coatores, não constitui coação; porém, se estes ocorrem, a coação se caracteriza.

Na jurisprudência estrangeira, bem como na nacional, multiplicam-se os casos em que se proclama a tese de que "o temor reverencia) acompanhado de ameaças e violências é capaz de viciar o ato" (RT, 60/339).

A matéria abunda em assunto de casamento, porque esse campo é mais propício à pressão dos ascendentes. A dúvida, que na maioria dos casos se propõe, é saber se tal pressão é lícita, consistindo em simples temor reverenciai, ou se excedeu o limite da liceidade, passando a configurar a coação.

O Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara anulou o matrimônio de jovem que o contraíra aos 17 anos, sob pressão de sua mãe e de um colateral que lhe fazia as vezes de pai. A prova demonstrou que não se tratava de simples temor reverenciai, pois a paciente foi vítima de cenas de violência, inclusive de ameaça de internação em estabelecimento de ensino, a fim de quebrar sua relutância em contrair o malfadado casamento. Surpreendente é que afinal a ação foi julgada onze anos após o casamento, depois de um dilatado período de coabitação, no qual o casal teve filhos (RT, 117/298)'5'.

Encontra-se sob a mesma orientação o julgado do Tribunal de São Paulo em que se entendeu não existir simples temor reverenciai, mas coação, quando o pai faz graves ameaças de castigo à filha, para obrigá-la a casar (RT, 274/33).

No campo das relações trabalhistas, o problema tem suscitado controvérsia, mas alguns julgados acolhem tese idêntica, no sentido de transformar-se em coação o temor reverencia) do empregado pelo

#208

patrão, quando este adiciona ameaças ao seu comportamento normal (RT, 92/776-78/795-97/213).

Em suma, o mero temor reverencia) não se equipara à coação, mas, se for acompanhado de ameaças ou violências, transforma-se em vício da vontade. E, se referidas ameaças provirem de pessoas que, por sua situação, inspirem respeito e obediência (tais como os ascendentes, o marido, os superiores hierárquicos), elas não necessitam de se revestir da mesma gravidade de que se revestiriam se emanassem de outras fontes, porque o temor reverencia) é, por si mesmo, uma agravante da ameaça.

114. A ameaça deve ser injusta

Para que se caracterize a coação, mister se faz que o constrangimento a que é submetido o paciente seja injusto. A lei o diz ao proclamar que não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito (CC, art. 153).

Quem interfere na órbita jurídica de outrem, ou o faz de acordo com a lei - e seu ato é lícito, ou atua em desacordo com

a norma - e

seu ato é ilícito. Na primeira hipótese tal comportamento, em regra não se equipara à coação. Assim, se uma das partes

ameaça a outra de

praticar um ato perfeitamente legal, para obter um fim a que tinha direito, e logra, por meio de tal expediente, colher-lhe

a anuência, não se configura a coação, pois faltou, para caracterizá-la, a iliceidade do constrangimento. O melhor exemplo

dessa hipótese é o do credor que, para obter o pagamento de dívida vencida, ameaça promover a execução judicial de seu crédito.

Como o ordenamento jurídico lhe confere esta prerrogativa, o ato é perfeitamente lícito; por ser incensurável, não dá causa

à resolução do contrato. Trata-se de entendimento generalizado:

"... não se considera que vicie o consentimento a ameaça do exercício normal de um direito, como o de acionar dívida vencida"

(RT, 35/39; cf., ainda, a mesma revista, 37/163-121/192-296/310).

Em rigor, o mecanismo volitivo foi forçado e o consentimento não se manifestou

livremente. Mas, como o ato compulsório representa

uma via lícita, não se pode infirmar o negócio jurídico.

#209

Configura-se, contudo, a coação quando, embora a ameaça seja a da prática de um ato lícito, o resultado que se quer extorquir

é injusto. Assim, por exemplo, o credor ameaça proceder à execução da hipoteca contra sua devedora para forçá-la a desposá-lo;

um contratante ameaça apresentar queixa-crime contra o outro (por delito efetivamente praticado) para, sem lhe haver pago

a dívida, obter quitação. Nos dois casos, o ato ameaçado é lícito, pois o credor pode executar sua hipoteca e qualquer um

pode denunciar à justiça um criminoso; mas, em ambas as hipóteses, o fim colimado pelo coator é contra o direito, pois a

lei, querendo preservar a liberdade dos contratantes, permite se invalide o casamento se a anuência de um dos nubentes proceder

de ameaça, e dá ação ao coagido para anular a quitação que foi extorquida mediante violência. Portanto, a injustiça pode

encontrar-se tanto na iliceidade da ameaça como na iliceidade do fim almejado.

Tal entendimento decorre da própria lei, pois o art. 153 do Código Civil emprega o adjetivo normal, que restringe a extensão

do substantivo exercício (do direito). De sorte que a coação aparece não só quando o ato coator se divorcia do direito,

como também quando sua atitude, ainda que jurídica, corresponde ao exercício anormal, ou irregular, ou abusivo de um direito.

É unânime a doutrina ao admitir como injustas essas duas espécies de atos. São repelidas não só as ameaças praticadas contra direito, como também as praticadas com abuso de direito. Quer tenha o agente recorrido a um meio ilegal, quer tenha recorrido a um meio legal para alcançar um resultado ilegal, em ambas as hipóteses se caracteriza a coação.

Assim, o pai que, para forçar sua filha a casar-se com o pretendente por ele escolhido, ameaça castigá-la severamente, decerto a coage (RT, 274/333). O comprador que, para forçar o proprietário a vender-lhe terras, obtém sua prisão como usurpador, lança mão de uma violência que destrói a espontaneidade do querer, e por conseguinte torna anulável o negócio jurídico (RT, 153/601). O credor que, ameaçando de violência física seu devedor, obtém dele a substituição de títulos prescritos por outros novos, recorre a um meio que o direito desaprova e por isso é anulável o negócio jurídico (RT, 107/513). Em todos esses casos a ilicitude se encontra nos meios de que o agente lança mão. Por outro lado, é igualmente injusto o procedimento daquele que, recorrendo a uma via de direito, fá-lo para obter vantagens indevidas.

#110

A maioria dos escritores entende que a circunstância de tentar obter, por meio de um remédio legal, uma vantagem excessiva é o que, justamente, caracteriza o abuso de direito's7i josserrand` fixa bem a tese. Pretende o agente obter aquilo que lhe é devido? Então a pressão sobre seu devedor é lícita. Mas, se recorre a uma via lícita para obter proveitos não devidos, pratica uma espécie de extorsão que vicia o consentimento da vítima. Estabelece-se, assim, a distinção entre o exercício regular e o exercício abusivo das vias legais. Age coagida a esposa que dá quitação ao marido que a ameaça de prosseguir em processo-crime por adultério; anula-se a declaração de reconhecimento de dívida, em muito superior ao montante devido, obtida pelo credor sob ameaça de apresentação de queixa por crime de falsidade; há coação no ato daquele que ameaça embargar a saída de um navio, para obter do capitão indenização injustificável`.

O problema não se altera pelo fato de haver a vítima da coação agido com culpa. Duranton'fi0 repete a hipótese, figurada no Digesto (Liv. 4-, Tít. 2", frag. 7", § V-), da pessoa que, apanhada em adultério ou a praticar furto, é compelida a se obrigar para com quem a surpreendeu no crime, a fim de evitar denúncia. E renova, nessa instância, a lição de Ulpiano, no sentido de não ver válida a concordância provinda dessa injusta violência. Será inócua apontar a culpa da vítima por se haver colocado na desagradável posição em que foi surpreendida; ela poderá redargüir que o fato de ser culpada não impede que seu consentimento ou negócio tenha sido extorquido pelo temor de denúncia ameaçada.

A questão fundamental continua a mesma. Se o consentimento proveio da ameaça, se esta é grave e injusta, houve vício da vontade, e por conseguinte é anulável o negócio jurídico.

115. A ameaça deve ser de um mal iminente.

O art. 151 do Código Civil prescreve que a coação para viciar o consentimento deve ser capaz de inbutir no paciente o temor de um dano iminente. A expressão

#211

significa, na lição de Beviláqua, que o dano receado deve ser "atual e inevitável", pois "a ameaça de um mal impossível,

remoto ou evitável, não constitui coação capaz de viciar o ato 2".

A palavra presente utilizada nalgumas legislações, ou iminente usada pelo Código Civil, não significa que a ameaça deva

realizar-se imediatamente. Basta que provoque, desde logo, no espírito da vítima, um temor de intensidade suficiente para

conduzi-la a contratar.

É verdade que as ameaças, cujos efeitos só serão produzidos em

futuro remoto, são incapazes de produzir, no espírito da vítima, impressão bastante para decidi-la a contratar '6-.

Não é difícil, entretanto, conciliar essa aparente contradição. Isso se consegue distinguindo entre a ameaça efetuada pelo

coator e o receio por ela infundido no espírito da vítima 211. O ato ameaçado pode não ser atual, contanto que o temor por

ele suscitado se faça desde logo presente no ânimo do paciente. Duranton'--` ensinava que o temor de um perigo efetivo (embora

o efeito da ameaça fique suspenso por certo tempo) constitui causa de anulação do negócio.

Não basta a mera suspeita da

vítima de estar sujeita a uma violência se não assentir no ato imposto; é preciso esteja ela persuadida de que corre perigo

se não concordar com o negócio extorquido. Nesse caso, o temor é iminente, embora a violência física ainda não exista.

116. Conteúdo da ameaça: sobre quem deve recair, e o problema da intensidade de suas conseqüências

A coação vicia o ato jurídico se provocar no espírito do paciente: a) temor de dano à sua pessoa, a pessoa de sua família ou aos seus bens; b)

temor de dano igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido (CC, art. 151).

#212

Aqui se cogita do conteúdo da ameaça, tendo em vista, de uma parte, aqueles em que repercutirá o dano e, de outra, a intensidade

do prejuízo ameaçado (que a lei requer seja iminente e considerável. Dois problemas diversos que merecem tratamento em separado.

a) Direção da ameaça. A ameaça pode visar à pessoa da vítima ou aos seus bens, bem como a pessoa de sua família ou aos bens

desta.

A violência à pessoa do contratante pode ocorrer quando esta é intimidada com sofrimentos físicos, sevícias, prisão etc,

como no exemplo, referido por Demogue, em que a mãe, para extorquir a concordância da filha, abandona-a encerrada em seu quarto, sem assistência no momento do parto; ou na hipótese decidida pelo Tribunal de São Paulo (RT, 297/280), onde se proclamou ocorrer coação no fato de haver o credor conseguido a prisão do réu e obtido na polícia o documento confessorio da dívida.

Igualmente, verifica-se a coação se a ameaça provoca adequado receio de dano patrimonial, como na hipótese de ameaça de incêndio ou de depredação, entre outras. Demogue¹ refere-se a um julgado de Marselha que anulou contrato imposto a um diretor de teatro por seus músicos, que lhe extorquiram a promessa de aumento de salário, sob a ameaça de greve imediata, no momento em que a representação ia começar.

Não é só a violência dirigida ao contratante que vicia o negócio. A lei considera a hipótese de a violência vir representada por ameaça de dano dirigida a pessoa, ou aos bens de pessoa da família do contratante. Além disso, a doutrina ampliou o sentido da lei para admitir que o vício da violência também se caracterize mesmo quando a ameaça vise a terceiros não parentes do contratante²¹¹. Aliás, nalguns países, a lei já abraçou tal solução com as restrições devidas²¹². E muitos autores têm considerado haver coação mesmo quando o mal ameaçado se dirige contra o próprio coator, como na hipótese do filho que, para obter anuência do pai, ameaça suicidar-se, ou envolver-se numa guerra, ou adotar profissão perigosa, como a de piloto de provas ou escafandrista. Demolombe²¹³ relata fato verdadeiro que acidentalmente não chegou aos tribunais. Um pai negava-se a consentir em uma doação que fora exigida como condição de um casamento que seu filho ardentemente desejava. As duas famílias, reunidas na sala do tabelião, estavam na iminência de se separar quando o rapaz ameaça suicidar-se, caso o pai não consentisse na liberalidade. Aterrorizado, o progenitor anui, mas depois pleiteia a nulidade do contrato, alegando coação. Entende Demolombe que se trata de uma questão de fato, que ao magistrado compete resolver: A violência que o filho ameaçou exercer sobre seu próprio corpo poderia ser considerada como violência exercida *in se* (lue et pratique du Code Napoléon, 6. ed., Paris, 1868, v. 4, n. 413; LAROMBÉRE, Théone..., cit., v. 1, p. 76; MOUREON, Réptitions..., cit., v. 2, n. 1.062) e todos os modernos sustentam, ao contrário, que a referência do texto àqueles parentes é meramente exemplificativa, podendo-se admitir uma exegese ampliadora. Admitem mesmo que se acolha a violência ainda quando se trate de ameaça dirigida a um amigo do contratante.

Apenas uma restrição se consigna. Se a ameaça se dirige ao cônjuge, a um ascendente ou descendente do contratante, existe uma presunção legal de que ela é eficaz para viciar o consentimento do contratante; se, entretanto, trata-se de estranho

ou de parentes que não os ali enumerados, mister se faz provar que tal ameaça foi adequada para viciar a anuência.

Esta solução da doutrina francesa alcançou alta repercussão, sendo, ao que parece, responsável pela regra do art. 1.436 do Código Civil italiano de 1942.

No Brasil, o texto do art 98 do Código de 1916 (art. 151 do atual) é mais amplo do que o do Código Napoleônico, porque usa o vocábulo família, mais abrangente e que, por isso, permite incluir outros parentes que não os ascendentes e descendentes.

Mas a torrente dos escritores nacionais admite que a ameaça dirigida a um estranho, tal como um amigo, a noiva, ou o noivo do contratante, pode bastar para caracterizar a coação, se ficar demonstrado que tal ameaça foi bastante para dobrar o consentimento

daquele (cf. M. L. CARVALHO DE MELADO-ÇA, Doutrina..., cit., v. 2, n. 570;

ESPINOEA, Parte Geral, in Manual do Código Civil

brasileiro, de PAULO DE LACERDA, Rio de Janeiro, 1923, v. 3, Parte 11, p. 426;

FRANQ(S O PONTES DE MIRANDA, Tratado dos

testamentos, cit., v. 1, p. 189; CARVALHO DE LACERDA, Código Civil brasileiro interpretado, 5. ed., Rio de Janeiro, 1932,

v. 2, com. ao art 98; ORIO BO NONATO, Da coação..., cit., n. 100).

#214

contra o próprio pai? No caso de ser afirmativa a resposta, é inegável a existência da coação e, portanto, do vício do consentimento",).

b) Intensidade do dano ameaçado. Dizia o art. 98 do Código Civil de 1916 que o dano ameaçado devia ser igual, pelo menos,

ao receável do ato extorquido, para que se configurasse a coação". O Código atual fala apenas em dano considerável.

Espínola", condenando a fórmula, ensina que nenhuma legislação moderna empregou os termos que a nossa lei, inconvenientemente,

utilizou. Com efeito, na lei de outros países a medida da intensidade do dano é imprecisa, não descendo o legislador à minúcia

de pormenorizar que só haverá coação quando o sacrifício consentido for menor do que o mal evitado. Assim procedendo, confere-se

ao juiz um relativo arbítrio, de modo a permitir-lhe, após o exame do caso concreto, o reconhecimento do vício da vontade,

se convencer-se da existência de um elemento violento que dobrou o querer da vítima, compelindo-a a consentir com um ato

não desejado.

Essa elasticidade concedida ao juiz, pelas legislações estrangeiras, foi negada ao intérprete nacional pelo legislador de

1916, que preferiu a rigidez de uma fórmula objetiva. De maneira que, até 1916 no Brasil, admitindo-se a interpretação literal

do texto, para se reconhecer a existência da coação, a vítima teria de provar que o mal evitado, mediante o contrato malsinado,

equivale, pelo menos, ao que resultasse do desfecho da ameaça.

Poucos, entretanto, são os escritores brasileiros que prestigiam tal interpretação literal², pois a maioria segue o parecer

de Espínola 213,

#215

que critica tal exegese, capaz, a seu ver, de conduzir a soluções gritantemente injustas. Aliás, admitindo-se aquele entendimento, em muitos casos a lei não se aplicaria, pois, quando ocorresse a ameaça de um dano moral para extorquir um valor material, haveria a impossibilidade de se comparar valores heterogêneos. Como saber, com efeito, se a ameaça de um castigo físico, ou a de difundir uma calúnia, ou a de maltratar um filho da vítima, é um mal maior ou menor do que o dano extorquido, representado, por exemplo, por uma confissão de dívida? O próprio Beviláqua 27,1, cujo Projeto de Código Civil continha o requisito geral de ser o dano ameaçado maior que o extorquido, reconhece que, "se da coação não resulta prejuízo patrimonial, ou este é, apenas, indireto, não se tem que atender o requisito da igualdade". A seu ver, portanto - e neste ponto parece ter toda razão -, tal pressuposto não precisa apresentar-se quando a ameaça for de dano não patrimonial. Nesta hipótese, o juiz deverá examinar o caso concreto, a personalidade da vítima, seu temperamento, sexo e condição, para verificar se a ameaça teve ou não força para vergar-lhe a vontade. A ameaça de difamar uma jovem donzela pode ser bastante para extorquir-lhe, ou a seu pai, um contrato donde resulte enorme prejuízo material, enquanto a mesma ameaça, feita a uma senhora de menor timidez e maior experiência, pode ser incapaz de levá-la a enfrentar um prejuízo ainda que sensivelmente menor. O exame da espécie concreta é que fornecerá ao juiz elementos para reconhecer ou não a existência da coação. Não é apenas quando se trata de ameaça de dano moral, porém, que o intérprete pode fugir à rigidez do texto, mas, igualmente, quando o ato ameaçado envolve prejuízo material. Este problema, como disse, foi superado com a nova redação da regra (CC, art. 151).

117. A coação provinda de terceiros

O art. 154 do Código Civil, seguindo preceito idêntico de outras legislações, determina que a coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro. No regime do Código de 1916 havia uma posição diversa do legislador no que concerne à coação ou ao dolo provindo de terceiro.

#216

Com efeito, o art. 95 daquele Código declarava que o dolo de terceiro viciava o ato se unta das partes o soube, enquanto o art. 101 não continha essa condicional, proclamando, simplesmente, que a coação vicia o ato ainda quando exercida por terceiro. Nas primeiras 31 edições deste volume, havia eu realçado ser diversa a posição do codificador a esse respeito.

Escrevia então:

"O dolo provindo de terceira pessoa só causará a anulação do contrato se outro contratante dele tinha conhecimento (CC,

art. 95). Portanto, se dolo houve a provocar a anuência de um dos contratantes, mas o outro o ignorou, o negócio vale mesmo que a vontade não se tenha manifestado conscientemente. Em matéria de coação, diferente é a posição do legislador. A violência vicia o consenso ainda que vinda de terceiro e ainda que a outra parte a ignorasse. A divergência de posição do legislador em relação a cada um desses vícios da vontade é explicada de várias maneiras. Muitos entendem que a violência oferece maior ameaça à vida social, necessitando sua vítima de proteção mais eficaz. Outros, entretanto, censuram tal posição, pois lhes parece que, se tanto a violência quanto o dolo são vícios da vontade, quer o defeito provenha de terceiro, quer do outro contratante, a vontade está igualmente viciada, não podendo, por conseguinte, subsistir o ato jurídico defeituoso dela emanado. Parece evidente este último ponto de vista. Entretanto, ele não confere com a lei, que faz distinção entre ambos os vícios e só admite a possibilidade de se anular o negócio por ato vindo de terceiro, que não o outro contratante (que de resto ignorava a violência), se o vício alegado for a coação. Tratando-se de dolo, essa possibilidade não ocorre. Interessante exemplo, tirado da jurisprudência", diz respeito a um dentista de ascendência judaica que, tendo vendido seu consultório dentário durante a ocupação inimiga, procurou desfazer o negócio alegando que o movera constrangimento ilegal, representado por uma legislação que não lhe permitia exercer seu mister, "e outros riscos pessoais decorrentes da própria ocupação inimiga". Num primeiro julgamento, seu pedido foi denegado, pois no entender do Tribunal os fatos que conduziram a vítima a contratar eram estranhos à convenção e não constituíram ato humano, indispensável para caracterizar a violência e, por conseguinte, o vício da vontade. A corte suprema, porém, cassou o julgado e anulou o negócio por reconhecer a existência de coação provinda de terceiro, a qual, por ser capaz de provocar grave temor na vítima, havia viciado o consentimento. De lege feretida, parece-me que a solução de maior interesse social é a de não se permitir a anulação do negócio jurídico, quer se trate de coação, quer de dolo emanado de terceiro, a menos que o outro contratante dele tenha ciência, ou pudesse ter tido ciência, se normalmente diligente. A possibilidade de se infirmar um negócio jurídico, em virtude de vício do consentimento do qual a outra parte não tinha nem podia ter conácimento, representa séria ameaça à segurança das relações jurídicas, e que a lei não deve encorajar. Aliás, em minha monografia sobre vícios da vontade"-'" ao tratar da coação provinda de terceiros, ressaltai o problema e dei algum destaque aos atos praticados em estado de necessidade. Acho oportuno ressaltar que o Projeto do Código Civil

de 1975 (Projeto n. 634-13) consagrou seção autônoma ao estado de perigo, colocando-a dentro do capítulo sobre os defeitos do ato jurídico, entre a coação e a lesão. Merece aplauso a orientação do Projeto. Cf., a respeito do tema, o formoso artigo de Tereza Ancona Lopez, in Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, São Paulo, 1989, p. 303. Esse problema, hoje, foi superado, pois o art. 154 do Código de 2002 só defere a anulação do negócio jurídico derivado da coação provinda de terceiro se a parte a quem aproveite tivesse ou devesse ter conhecimento daquela circunstância.

118. Do estado de perigo

O Código de 2002, como já dissemos na nota introdutória a este capítulo, criou duas novas seções no quadro dos defeitos do negócio jurídico, provocando, por conseguinte, mudanças neste livro. A primeira diz respeito ao ato praticado em estado de perigo, que ordinariamente era tratada como a coação provinda de terceiro. A segunda, sobre a lesão, abolida do nosso direito com o Código de 1916, e agora restabelecida com o Código de 2002.

Neste tópico, cuidarei do ato praticado em estado de perigo, aliás caracterizado no art. 156 do Código Civil, por mim já aludido. Aqui

#218

aproveitei as considerações anteriormente formuladas em minha monografia sobre os Vícios do consentimento²¹, em que analiso problemas derivados dos atos praticados em estado de necessidade, ou seja em estado de perigo.

A hipótese é clássica. A maioria dos juristas entende que se trata de figura enquadrável dentro da coação²⁷¹, e a versaram

todos os critérios que cuidaram da matéria, se bem que oferecendo soluções diversas. Configura-se quando alguém, ameaçado por perigo iminente em pagar preço desproporcionado para obter socorro.

Assim, aquele que, assaltado por bandidos, em lugar ermo, se dispõe a pagar alta cifra a quem venha livrá-lo da violência;

ou o náufrago que oferece ao salvador recompensa excessiva; ou o comandante de embarcação, às portas do naufrágio, que

propõe pagar qualquer preço a quem venha socorrê-lo; ou o doente que, no agudo da moléstia, concorda com os altos honorários

exigidos pelo cirurgião; ou mãe que promete toda a sua fortuna para quem lhe venha salvar filho, ameaçado pelas ondas ou de ser devorado pelo fogo.

A solução romana, para a relação que assim se estabelece entre as partes contratantes, surge extremamente lógica e se encontra

em Ulpiano (Digesto, Liv. IV, Tit. 2, frag. 9, § 1º). Ensina ele, repetindo lição de Pompônio, que não está abrangida pelo

edito quod uletus cai na obrigação assumida por quem, para melhor se defender contra força de inimigos ou de ladrões,

promete alta recompensa a terceiro, menos que o beneficiado haja enviado, secretamente, essa força par assaltar a vítima, pois se isso não ocorreu, o promissório apenas rect be a paga do seu trabalh0281.

Pothier'~', com base nesse texto e estribado na opinião d Puffendorf, entende que é válida a obrigação desse modo assumida

#219

ainda que convolada sob o temor de ameaça de morte'-,. Mas abranda o rigor da regra ao opinar que, se a vítima prometeu recompensa excessiva, esta pode ser reduzida ao justo valor, correspondente ao serviço prestado.

Esse abrandamento merece a censura de Laurent2', que sustenta fundar-se tal opinião na equidade e não no direito". Se o consentimento não se apresenta viciado, a obrigação é válida, pois o liame obrigacional faz lei entre as partes, não podendo o juiz removê-lo. Censura, por igual, outro ponto de vista que alcançou alguma difusão na época, segundo o qual a vítima daquelas circunstâncias sofreria, por ocasião da promessa excessiva, uma perturbação mental; e conclui que se isso fosse verdade, mister seria anular a obrigação ou mesmo declará-la inexistente, porém jamais reduzir seu montante.

O problema, no campo teórico, poderia ser proposto nos termos seguintes:

Será válida a anuência do promitente se o negócio foi concluído ante a ameaça de sério e iminente perigo, advindo de forças externas, que o contratante beneficiado não colaborou para provocar?

No caso de resposta negativa, a promessa é obviamente ineficaz e o salvador, que prestou efetivamente um serviço, ficará sem remuneração pelo seu trabalho e quiçá desfalcado dos gastos que efetuou.

No caso de resposta afirmativa, o devedor terá de cumprir o prometido, sofrendo, destarte, um empobrecimento correspondente à desproporção entre o preço pago e o valor do serviço recebido"

#220

Salta aos olhos que nenhuma dessas soluções extremadas pode ser acolhida, pois qualquer delas conduz à iniquidade. Justa, portanto, é a que confere ao juiz possibilidade de reduzir a prestação exorbitante ao seu real valor, como alvittrara Pothier.

Assim, nenhuma das partes sofrerá desmedido prejuízo. Mas como fundamentar, juridicamente, tal posição?

A matéria suscitou controvérsia, que juristas maiores descreveram.

Entre as várias concepções que buscaram fundamentar a possixi babilidade de se conceder um pagamento ao salvador, mas limitado ao justo valor do serviço prestado, umas há que merecem maior desta~ a que. De resto, não podendo expô-las todas, contento-me de mencionar as

principais, para depois apresentar a que me parece melhor.

i Dentre as mais antigas e também das mais lógicas, encontra-se a justificativa apresentada por Duranton2"". Sustenta que, se o beneficiário não foi cúmplice em sua criação, deve prevalecer o negócio

consentido em estado de perigo; mas a prestação exorbitante pode ser ~ reduzida, por falta de causa (n. 149). No capítulo consagrado à causa das obrigações volta a focalizar o problema (n. 344) e, mostrando que as soluções extremas conduzem à injustiça, reconhece competência ao juiz para reduzir a prestação ajustada, no seu excesso, em virtude da inexistência de causa.

Outra concepção que desfrutou bastante fastígio foi a que buscou explicação na teoria da gestão de negócios. É ela exposta, pela primeira vez, ao que parece, por Marcadé'-11. Mas outros escritores, seus contemporâneos e posteriores, a prestigiam2".

#221

Proclama aquele jurista ser arbitrário conceder ao juiz poder para reduzir o montante de uma obrigação validamente assumida, mas reconhece a possibilidade de se alcançar idêntico resultado por via diferente. De fato, eis seu raciocínio:

O magistrado vai se convencer de que o próprio fato de ser a obrigação excessiva prova que o promitente consentiu privado de razão, em virtude do medo; ora, se isso é verdade, o negócio é nulo, em virtude de um vício do consentimento. Então, e só então, após o reconhecimento da nulidade da obrigação contratual, é que o julgador deve fixar soma para pagamento do serviço prestado et par Vcffet dli quasicontrat de gestion d'affaires.

Conta Demolombe"0 que tal opinião recebeu a crítica frontal de Colmet de Santerre, fundada em que o gestor, só tendo direito

ao reembolso das despesas efetuadas, não poderia reclamar salário pelo serviço prestado".

Mas, embora divergente da fundamentação

de Marcadé, aplaude a solução por ele alvitada. Sustenta que o jui2,

mesmo decretando a nulidade da convenção, deve preservar as conseqüências que deveriam resultar equitativamente do negócio

declarado nulo no campo do direito, mas que existiu de fato. E sugere que a obrigação da vítima da violência externa, de

pagar o serviço que lhe prestou o salvador, funda-se no art. 1.382 do Código Napoleônico, isto é, na obrigação de reparar

o dano causado culposamente a outrem. Seria um caso de culpa in contrahendo.

Demogue"2 alvitra uma justificação que se ampara na idéia de violência incidente; traduzo seu texto:

"Pode-se também dizer que a violência determinou não o fato de contratar, mas sim o de contratar de maneira desvantajosa.

Há uma espécie de violência incidente, como há um dolo incidente e tem ela simplesmente por efeito modificar o contrato".

#222

Mas, embora a tenha sugerido, tal solução não parece agradar ao genial civilista. De fato, logo a seguir, afirma que "a

solução profiloda é

a fulidada ira gestão de Negócios, que toma o problema por um nogillo roais

social". Reconhece, entretanto, que pelo menos quanto ao seu principal aspecto, isto é, quanto ao caso de assistência aos

salvamentos marítimos, o problema, na França, não mais se propõe, em virtude da regra do art. 7^o da Convenção de Bruxelas, de 23 de setembro de 1910, de resto reproduzida pela Lei francesa de 29 de abril de 1916^o.

No negócio concluído em estado de necessidade, o perigo que o gerou não foi, por definição mesmo, provocado por qualquer dos contratantes. Por isso, a solução que me parece justa funda-se na seguinte reflexão: Em regra, se nenhuma das partes teve culpa na produção do evento (naufrágio, incêndio etc.) que provocou o contrato, nem extorquiu a exorbitante promessa de recompensa, o negócio deve prevalecer, embora o consentimento se apresente viciado. Com efeito, não se pode negar que a anuência não surgiu espontânea; mas a possibilidade de anular o ajuste representa um prejuízo para o outro contratante, que não agiu com culpa na formação da avença e que, por conseguinte, contava com a justa expectativa de cumprimento da promessa de recompensa pelo serviço prestado. Diante de tal contraposição de interesses, a lei não deve ter qualquer razão para preferir o de um ao de outro contratante, se ambos mostraram boa-fé. E, no caso, a vítima da pressão externa deve sofrer os prejuízos resultantes do contrato, da mesma forma que a vítima do fortuito ou da força maior absorve um dano irressarcível. Contudo, se o indivíduo que contratou com a vítima da pressão externa se valeu do terror que lhe inundou o espírito, para impor o negócio ou fixar-lhe cláusulas excessivamente onerosas, não pode mais ser considerado contratante de boa-fé. E, nesse caso, como seu interesse não merece proteção da ordem jurídica, o vício que incide sobre a vontade do declarante opera e o negócio pode ser anulado. O elemento que

#223

impedia a atuação do mecanismo da anulabilidade - respeito à boa-fé do outro contratante - cessou de existir; e, assim, entra ele a funcionar, invalidando o ato jurídico.

Isso ocorre sempre que a prestação prometida for sensivelmente desproporcionada ao serviço prestado. Porque, na hipótese, dificilmente poderá o promissório alegar ignorância do fato que viciava o consentimento do declarante. De sorte que se defere a este a prerrogativa de pleitear a anulação do negócio, no qual consentiu constrangidamente.

Mas a mera anulação do negócio, alforriando o declarante de qualquer obrigação, conduz a resultado por igual injusto. Pois este obtém um enriquecimento indevido e sem causa, que corresponde a um empobrecimento por parte do outro contratante.

Com efeito, o autor da promessa anulada enriqueceu indevidamente, pois deixou de pagar um serviço que lhe foi efetivamente prestado; e o outro contratante sofreu empobrecimento correspondente ao valor do serviço prestado e que lhe não foi pago.

De forma que o juiz, invalidando o negócio jurídico inquinado de vício, deverá, não obstante, fixar uma prestação, a ser

paga pelo autor da declaração anulada a seu co-contratante, que equivalha ao serviço efetivamente recebido. Se o não fizer, pode a parte prejudicada com a sentença anulatória pleitear, por meio da ação de in rem verso, referido pagamento.

O novo Código Civil, acolhendo a figura de ato praticado em estado de perigo, consagrou-lhe, como disse, o art. 156, a seguir transcrito:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, prenhado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente n fanrília do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

119. Da lesão

A lesão, na forma como a define Demontès²¹¹, é "o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação
#224

que forneceu". Tal conceito é excessivamente amplo, exigindo alguma delimitação. Ocorria lesão no direito romano quando, num contrato comutativo, havia tal desproporção entre as prestações fornecidas pelas partes que uma recebia da outra menos da metade do valor que entregava. Verificada a hipótese, tinha o contratante prejudicado a prerrogativa de pedir ao juiz que declarasse rescindido o contrato. Dizia a célebre Lei Segunda, de Diocleciano e Maximiliano, do ano 285 (Cód. L. IV, Tít. 44, "De rescindenda venditione", L. 2): "Rem majoris pretü, si tu vel parer tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundura venundatum recipias, auctoritate judieis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit".

A tradução do texto é a seguinte:

Se tu ou teu pai vendeu por menor preço coisa que valia muito mais: é equitativo que, mediante a interferência do juiz, ou recebas de volta o fundo vendido devolvendo ao comprador o preço; ou, se o comprador preferir, recebas a diferença entre o que recebeste e o justo preço. O preço será menor se não atingiu nem a metade do valor da coisa.

Trata-se de instituição fundada na equidade, como bem diz a lei citada, ao empregar a expressão humanam est; e decerto se inspira na idéia de equivalência das prestações, que deve existir nos contratos comutativos. A parte beneficiada no contrato podia ilidir a rescisão oferecendo-se para complementar o preço; pois, desse modo, extinguiu-se o defeito original ao desaparecer o desequilíbrio entre as prestações. No direito moderno outros elementos, de caráter subjetivo, vieram integrar o instituto, que conservou, entretanto, muitos dos característicos primitivos, moldadores de sua feição. Eis seus caracteres básicos na sistemática moderna:

a) A lesão só é admissível nos contratos comutativos, porquanto nestes há uma presunção de equivalência entre as prestações;

#227

Por conseguinte, ela não se compreende nos ajustes aleatórios em que, por definição mesmo, as prestações podem apresentar considerável desequilíbrio.

b) A desproporção entre as prestações deve verificar-se no momento do contrato e não posteriormente. Pois, se naquele instante não houve disparidade entre os valores, incorreu lesão.

c) A desproporção deve ser considerável. Aliás, a Lei Segunda falava em diferença superior à metade do preço verdadeiro:

autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars geri pretii soluta sit.

Aqui depara o estudioso com delicado problema, pois sempre se julgou difícil apurar, objetivamente, qual o preço verdadeiro ou o preço justo.

Mas, de qualquer maneira, o vício só se caracteriza quando o desnível entre as prestações é acentuado, variando, de uma

legislação para outra, a tarifação da diferença. Por vezes, mesmo, o legislador deixa ao juiz ampla margem para decidir

se houve desproporção notável entre a contribuição dos contratantes'v'.

As Ordenações Filipinas (L. IV, Tít. 13) adotaram o mesmo critério

da lei romana. Nelas se dizia que se o vendedor foi enganado em mais

da metade do justo preço, pode desfazer a venda por bem do dito engano`.

d) O desfazimento do negócio depende de decisão judicial; isso já o dizia a disposição romana, ao recorrer à locução intercedente

auctoritate iudicis.

e) É facultado à parte beneficiada efetuar a suplementação do preço, a fim de, reequilibrando o contrato, eliminar o defeito

que o ameaça. Esta é uma prerrogativa do contratante beneficiado no ajuste, que, desse modo, pode ilidir sua rescisão. Por

consequente, ao

#226

prejudicado não é deferido o direito de pedir a inteiração do valor. Só se lhe permite pleitear a rescisão. Ao outro é que,

como se disse, se concede a alternativa de salvar a avença, mediante o reequilíbrio das prestações.

Tais os princípios característicos do instituto.

Entre nós a lesão, que, como vimos, era disciplinada pela codificação filipina, foi banida do direito positivo pelo Código

Civil de 1916. Tal monumento legislativo, vindo de um período de exaltação ao princípio da autonomia privada, fundava-se

na idéia de que o contratual é necessariamente justo, por isso que desejado pelas partes. De sorte que a rescisão do negócio

ou reequilíbrio dos termos convencionados, deferidos pelo juiz em face da desigualdade das prestações por ocasião do

ajuste, ao ver do legislador representava um atraso. Essa atitude coincidia com o modo de sentir de muitos

escritores da época 21 .

Todavia, depois de um intervalo de mais de vinte anos, a Lei de Proteção à Economia Popular (Dec.-Lei n. 869, de 18-11-1938, substituído pela Lei n. 1.521, de 26-12-1951) trouxe uma regra que abriu novamente as portas da sistemática jurídica nacional ao instituto da lesão. De fato, o art. 4º deste último diploma definiu, como crime, a usura pecuniária ou real, caracterizando como tal:

"b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida".

Tal dispositivo, de caráter criminal, tornava naturalmente ilícito o ato assim praticado, possibilitando, dessarte, a declaração de sua nulidade na órbita civil (CC de 1916, art. 145, 11); ademais, o § Y do mesmo art. 4º da Lei n. 1.521 mandava o juiz ajustar os lucros usurários à medida legal, devendo ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais, no caso de já haver sido fornecida a prestação exagerada.

#227

De sorte que surgiu, dentro do direito positivo brasileiro, a possibilidade de a vítima de um contrato realizado em tais condições promover o seu desfazimento (CC de 1916, art. 145, 11) ou pleitear a devolução daquilo que ultrapassasse o justo preço (Lei n. 1.521, art. 41), 3º).

Para tanto, competia-lhe demonstrar: (7) que a contraprestação oferecida excedeu o quinto do valor da recebida em troca;

b) que o negócio malsinado decorreu de haver a parte contrária abusado de sua premente necessidade, inexperiência ou leviandade.

Não se pode esquecer que, em virtude da natureza eminentemente penal da lei brasileira, os efeitos civis dela decorrentes

surgem de maneira indireta, pois não foram expressamente almejados pelo legislador. Daí se afastar, ocasionalmente, dos princípios que regem o instituto da lesão.

Não obstante, valeu-se o legislador nacional das mesmas fontes onde se inspiraram os legisladores alemão, suíço e italiano,

exigindo para caracterizar o delito da usura real, e portanto a figura da lesão, a presença de dois elementos diversos:

um elemento objetivo, representado pela desproporção entre as prestações, e um elemento subjetivo, revelado pelo comportamento censurável de uma das partes, ao abusar da leviandade, da necessidade ou da inexperiência do outro contratante.

Dentre os trabalhos publicados à sombra da lei brasileira, defendendo seu sentido humano e reduzindo a figura da usura real

à da lesão, encontra-se a excelente monografia de Caio Mário da Silva Pereira, Lesão nos contratos bilaterais, que é o trabalho clássico sobre a matéria.

Realmente, o ilustre professor mineiro proclama que a lei da usura é o instituto da lesão e afirma, enfaticamente, que a

sua projeção juscivilista é manifesta, sendo possível deduzir de seu texto a nulidade do ato na órbita civil, com base no art. 145, 11, do Código Civil de 1916.

A despeito da pequena repercussão do art. 4º, letra b, da lei de economia popular, nos quadros do direito privado", é

evidente que, no campo teórico, os negócios feitos com desrespeito àquele texto #228

podam ser anulados. Portanto, aquela lei, de fato, restabeleceu entre nós o instituto da lesão. O novo Código Civil disciplinou a lesão entre os defeitos dos atos jurídicos, em seu art. 157, que transcrevo, com os respectivos parágrafos:

Art. 157. Ocorre a lesão quando nina pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º- Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores zrigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar con a redução do proveito.

120. A fraude contra credores. Conceito e idéia de ação revocatória.

Diz-se haver fraude contra credores, quando o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis

de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas.

As regras contidas neste capítulo do Código Civil se inspiram num princípio maior informador de todo o Direito das Obrigações,

ou seja, no princípio de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas"). De modo que, se o devedor, maliciosamente

e para tornar

#229

ineficaz a cobrança de seus débitos, afasta de seu patrimônio ou de qualquer modo diminui a garantia que este representa

para seus credores, a lei, no intuito de proteger estes últimos, e ocorrendo certos pressupostos, confere-lhes a prerrogativa

de desfazer os atos praticados, restabelecendo integralmente a primitiva garantia.

Note-se, porém, que a fraude contra credores só se caracteriza quando for insolvente o devedor, ou quando se tratar de pessoa

que, por atos malsinados, venha a tornar-se insolvente, porque, enquanto solvente o devedor, ampla é sua liberdade de dispor

de seus bens, pois a prerrogativa de aliená-los é elementar do direito de propriedade.

Entretanto, se ao transferi-los a

terceiros já se encontrava insolvente o devedor, permite a lei torne-se sem efeito tal

alienação, quer pela prova do consilium

fraudis, quer pela presunção legal do intuito fraudulento.

Aqui o direito de livre disposição do devedor esbarra na barreira representada pelo interesse dos credores, e só não é por

ela vencida quando houver que respeitar interesse de terceiro de boa-fé.

Se tivermos em conta que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, se considerarmos que o patrimônio de um indivíduo se compõe de ativo e passivo, e se imaginarmos que o devedor insolvente é aquele cujo passivo supera o ativo³⁰¹, podemos concluir que, ao afastar bens de seu patrimônio, o devedor insolvente, de certo modo, está dispondo de valores que não mais lhe pertencem, pois tais valores se encontram vinculados ao resgate de seus débitos. Daí permitir o Código Civil que, ocorrendo determinados pressupostos, possam os credores desfazer os atos fraudulentos praticados pelo devedor, em detrimento de seus interesses. Dois elementos compõem o conceito de fraude contra credores. Um elemento objetivo, ou seja, o *eventus damni*, consistente em todo ato capaz de prejudicar o credor, quer por tornar insolvente o #230 devedor, quer por já haver sido por ele praticado em estado de insolvência. E um elemento subjetivo, isto é, o *consilium fraudis*, caracterizado pela má-fé, pelo intuito malicioso de ilidir os efeitos da cobrança³⁰². A lei aponta os atos por meio dos quais a fraude se pode apresentar e cuida dos demais requisitos, necessários para que ela se configure. Ela aparece, em regra, nos seguintes tipos de negócios jurídicos: (7) atos de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívidas; b) atos a título oneroso; c) pagamento antecipado de dívidas vincendas; d) constituição de direitos de preferência a um ou alguns dos credores quirografários. Apresentando-se esses negócios, concorrendo o *consilium fraudis* e o *eventus damni*, surge o defeito do ato jurídico. Sendo defeituoso, o negócio pode ser infirmado pelas pessoas a quem prejudica. Daí a lei conferir aos credores quirografários a ação revocatória ou pauliana³⁰³. A análise de tais atos e o exame desta ação constituirão o objeto dos parágrafos seguintes, referentes à fraude contra credores.

121. Atos de transmissão gratuita e de remissão de dívidas

A lei permite que se anulem os atos de transmissão gratuita de bens, quando os pratique o devedor insolvente, ou que por eles fique reduzido à insolvência (CC, art. 158). Na hipótese não cogita a lei de saber se houve entre doador e donatário o ajuste fraudulento. Presume irrefragavelmente a existência do propósito de fraude. Em rigor, poder-se-ia justificar o dispositivo por outras considerações. Com efeito, se o doador é insolvente, isto é, se deve mais do que efetivamente possui, e faz doação de parte do seu reduzido patrimônio, na realidade está abrindo mão daquilo que indiretamente pertence a seus credores. A lei considera irrelevante estar o donatário ciente ou não da insolvência do doador. Despreza a circunstância de serem as partes

#231

cúmplices na fraude. O ato é anulável porque o devedor, na verdade, está doando coisa que indiretamente pertence a seus credores.

Aliás, na hipótese de uma doação efetuada pelo devedor insolvente, encontram-se em choque dois interesses diversos. De um lado, o interesse dos credores porventura burlados, que procuram evitar um prejuízo, qui certat de damno vitando; de outro, o interesse do donatário, que procura assegurar um lucro, qui certat de lucro captando. Cada vez que essa situação se propõe e o legislador tem de escolher entre um desses dois tipos de interesse, ele prefere acolher a pretensão de quem busca evitar um prejuízo, porque tal solução se lhe afigura mais justa 114.

A mesma solução é aplicável à remissão de dívida, porque tal ato representa uma liberalidade. As dívidas ativas do devedor constituem parte de seu patrimônio; se ele as perdoa, tal patrimônio, que é garantia dos credores, se reduz proporcionalmente.

Portanto, seus credores têm legítimo interesse em pleitear a declaração de ineficácia do perdão, para que os créditos remetidos se reincorporem no ativo do devedor.

A ação pauliana com fundamento em liberalidade só exige prova da insolvência do alienante-devedor. Todavia tal prova é indispensável, porque se o devedor for solvável, seu ato, ao invés de defeituoso, será perfeitamente legal, não se configurando, por conseguinte, o interesse do credor para propor a revocatória's.

122. Atos de transmissão onerosa

Se os atos de alienação de bens levados a efeito pelo devedor insolvente o foram a título oneroso, muda-se o panorama, porque agora entram em conflito dois interesses igualmente respeitáveis: o dos credores do alienante e o do adquirente de boa-fé.

#232

Com efeito. Se de um lado o ordenamento jurídico quer garantir aos credores o recebimento de seus créditos, de outro, quer assegurar a firmeza das relações negociais, não permitindo que pessoas que a título oneroso adquirirem bens do insolvente, sem conhecer ou poder descobrir tal circunstância, possam ser burladas na sua boa-fé e ludibriadas na justa expectativa de que o negócio, por elas aceito, revestia-se de toda a legalidade e segurança.

Entre esses dois interesses é o do adquirente de boa-fé o que vai ser preferido pelo legislador. Se o adquirente ignorava a insolvência do vendedor, nem podia, com diligência ordinária, descobri-la, vale o negócio efetuado. Verdade que em tal

hipótese os credores sofrem prejuízo, o que representa uma injustiça e um inconveniente, que são menores do que os que resultam da atribuição da perda ao adquirente de boa-fé.

Aliás, note-se que, dada a boa-fé do adquirente, falta, no caso, o cotisiliuin fraudis, pois o propósito fraudulento só

existe no espírito do devedor alienaste. Entretanto, se o adquirente estava de má-fé e ingressou no negócio sabendo da insolvência do alienaste, cessa a consideração que merecia da lei, e esta o presume, de maneira irrefragável, cúmplice no negócio fraudulento, que, por conseguinte, pode ser revogado. A má-fé se caracteriza pela mera ciência, por parte do adquirente, do estado de insolvência do devedor. Sabendo dessa circunstância e não ignorando que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, o adquirente revela seu propósito de pactuar com a fraude e assume o risco pelo prejuízo eventual, decorrente da anulação do negócio jurídico.

A lei presume o adquirente sabedor da insolvência do alienaste quando esta for notória ou quando houver motivo para ser conhecida do primeiro (CC, art. 159).

A notoriedade da insolvência se revela por atos externos, tais como o protesto de títulos³, o ajuizamento de ações executivas, os protestos judiciais formulados pelos credores etc.

#233

Por vezes, entretanto, embora não seja notória a insolvência do devedor, tem o outro contratante razões para conhecê-la.

Jorge Americano⁰⁷ refere-se a algumas presunções que decorrem das circunstâncias que envolvem o negócio. Assim, os contratos se presumem fraudulentos: a) pela clandestinidade do ato; b) pela continuação dos bens alienados na posse do devedor quando, segundo a natureza do ato, deviam passar para o terceiro; c) pela falta de causa; d) pelo parentesco ou afinidade entre o devedor e o terceiro; e) pelo preço vil; n pela alienação de todos os bens⁴.

A jurisprudência atém-se a semelhante critério. Já se julgou cabível a presunção de ciência da insolvência do devedor, quando o terceiro adquirente é seu irmão (Revista de Direito, 69/178; J11stiça, 31 / 399), ou sua amante (Justiça, 29 / 194), ou sua mãe (RT, 302 / 220), ou seu sogro (RT, 194/228). Nessas hipóteses, como também em outras semelhantes, a ligação entre as partes ou outras circunstâncias do negócio estão a evidenciar que o terceiro não podia ignorar a insolvência do devedor.

123. A fraude ainda não ultimada

O Código Civil contempla a hipótese da fraude ainda não ultimada em seu art 160, que diz: Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.

Aqui mister se faz ressaltar a importância de um requisito, isto é, o fato de o preço ser justo, pois, como observa Beviláqua⁴,

se o preço

#234

da aquisição não for o corrente, e sim outro inferior, há motivo para supor que o adquirente seja culpado de malícia, tendo os credores, conseqüentemente, razão para reclamar contra o prejuízo que experimentam.

Se o preço for o corrente e se o comprador que ainda não o pagou deposita-o em juízo, cessa o interesse dos credores, que, por conseguinte, perdem a legitimação ativa para propor a ação pauliana.

124. O pagamento antecipado de dívidas

O ordenamento jurídico pretende estabelecer no concurso creditório a maior igualdade possível entre os credores quirografários. O patrimônio do devedor é garantia comum de todos, portanto, todos devem ser aquinhoados proporcionalmente.

O devedor que no vencimento paga dívida já vencida procede licitamente, de maneira que seu ato é válido. Entretanto, se salda débitos vincendos, comporta-se de maneira anormal, o que por si só revela seu propósito fraudulento.

Aliás, o pagamento antecipado de dívida frustra aquela igualdade, acima aludida, entre os quirografários, igualdade essa que o legislador quer preservar. Daí a lei conferir, aos demais credores, ação para tornar sem efeito tal pagamento, determinando que o beneficiado deve repor, em proveito do acervo, aquilo que recebeu (CC, art. 162).

125. Outorga fraudulenta de garantias

Esse mesmo anseio de igualdade inspirou o legislador ao editar a regra do art. 163 da lei civil, que prescreve:

Art. 163. Presumem-se fira udatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Nas dívidas garantidas por penhor, hipoteca ou anticrese, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação. De maneira que, estabelecido um direito real de garantia, tal como a hipoteca ou o penhor, surge para o beneficiário um direito de preferência em face dos co-credores; preferência essa que consiste na prerrogativa de destinar todo valor da coisa ao exclusivo pagamento de seu

#235

crédito. Conseqüentemente, aberto o concurso, os bens assim onerados se destinam ao pagamento dos credores

preferentes, e somente as sobras, se houver, irão compor o acervo concursal.

A concessão de garantia feita pelo devedor insolvente a um dos seus credores representa, portanto, ameaça ao direito dos outros, porque a coisa dada em garantia de certo modo sai parcialmente do seu patrimônio, para assegurar a liquidação do crédito hipotecário ou pignoratício. Os demais credores certamente receberão menos, para que o beneficiário da garantia receba mais. É tal desigualdade que a lei quer evitar, e por essa razão, presumindo fraudulento o procedimento do devedor, concede ação anulatória aos prejudicados, para que tornem sem efeito a garantia concedida. Note-se que, no caso presente, o que perde eficácia é tão-somente a preferência concedida a um dos credores e não o crédito

do qual é ele titular. De quirografário que era, tal credor passou a ser preferencial com a concessão da garantia; anulada esta, por se presumir fraudulenta, volta seu beneficiário à primitiva condição de quirografário (CC, art. 165, parágrafo único).

Neste, como nos demais casos acima apontados, a lei presume o intuito fraudulento, pois são atos anormais, discordantes do comportamento ordinário e que, por conseguinte, não se podem explicar a não ser pelo propósito de ludibriar os credores do insolvente. Tanto isso é verdade que, se tais atos forem de caráter ordinário e indispensáveis à manutenção do estabelecimento agrícola, mercantil ou industrial do devedor, a lei não impede que este último atue amplamente na órbita do direito, alienando e onerando bens. Assim, embora insolvente, se o devedor concede um penhor agrícola onerando sua safra, tal penhor não pode ser anulado, porque constitui um procedimento ordinário, indispensável à manutenção da exploração rural.

Uma inovação trazida pelo novo Código se encontra em seu art. 164, que acrescentou a frase destacada ao dispositivo, que no remanescente é idêntico ao art. 112 do Código de 1916. Transcrevo o art. 164 destacando, como disse, a disposição inovadora.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

#236

Portanto os gastos ordinários do devedor insolvente são válidos não apenas quando eles derivam da necessidade de manter estabelecimentos mercantis, rurais ou industriais do devedor, mas também quando eles se destinam à subsistência daquele e de sua família. A inovação, que já se encontrava no Anteprojeto de 1972, vai, a meu ver, ampliar o campo da controvérsia.

126. Legitimação ativa e passiva para a ação pauliana

Capitulando a fraude contra credores como defeito do ato jurídico, o legislador o declara anulável, se portador de tal vício (CC, art. 171, 11).

Trata-se da ação revocatória, também chamada patilialla, de origem inegavelmente romana"('.

No direito romano, o processo de execução sofre nítida evolução quando, por meio de longas etapas, o devedor deixa de responder fisicamente por seu débito, passando seu patrimônio, e apenas ele, a garantir suas dívidasj" Atingida tal etapa surge, contemporaneamente, como é óbvio, a possibilidade de o devedor, mediante fraude, tornar-se insolvente, pela deliberada alienação ou operação de seus bens, feita em detrimento de seus credores. Viu-se então o pretor na necessidade de estabelecer um remédio que tornasse ineficaz referido comportamento, de resto incensurável perante o jus civile. Foi o que fez concedendo aos prejudicados a ação pauliana³¹².

Como se vê de sua origem, a ação revocatória se inspira no princípio geral de repúdio à fraude e no propósito de evitar que o devedor burla, usando de malícia, a fé do contrato, frustrando sua execução, ao procurar, delibera damente, a insolvência.

#237

Só têm legitimação ativa nesta demanda os credores quirografários que já o eram ao tempo em que os atos malsinados se celebraram.

Os credores posteriores a tais atos já encontraram o patrimônio do devedor desfalcado, não podendo, por conseguinte, reclamar

contra uma situação deles conhecida, ou que só desconheciam dada sua própria negligência.

A fraude, se fraude houve, não

os prejudicou, não tendo, portanto, interesse para alegá-la.

Os credores com garantia real não podem tampouco intentar a ação pauliana, reservada, como diz o art. 158, 11, do Código

Civil, apenas aos quirografários. Isso porque aqueles credores encontram, nos bens que garantem especificamente seus créditos,

acervos com que se pagarem. Se tais bens forem alienados, o direito de seqüela, conferido ao titular do crédito, possibilita

a penhora dos bens dados em garantia, nas mãos de quem quer que os detenha. De modo que também aos credores com garantia

real falta interesse para propor ação revocatória '.

O art. 161 do Código Civil cuida da legitimação passiva na ação pauliana, dizendo que podem ser réus na demanda: (i) o devedor

insolvente; b) a pessoa que com ele celebrou a estipulação fraudulenta; c) os terceiros adquirentes que hajam procedido

de má-fé.

A leitura do artigo talvez sugira que a demanda possa ser proposta, indiferentemente, contra uma, ou contra mais de uma

dessas pessoas. Não obstante, vários julgados têm decidido ser imprescindível que a lide se dirija necessariamente contra

o adquirente detentor da coisa ou ainda contra os subadquirentes que hajam procedido de má-fé.

Assim a 3ª Câmara do Tribunal de São Paulo decidiu que:

"A ação pauliana não pode ser intentada somente contra o devedor insolvente, mesmo porque a execução de sentença, no caso

de viabilidade da ação, seria dirigida contra o adquirente detentor do imóvel" (RT, 106/552).

O julgado insiste em que, se a ação se destina a anular um ato entre duas pessoas, seria insólito propô-la contra só uma

delas, excluindo a outra, ou seja, justamente aquela que tem a propriedade e a posse da coisa que se pretende reaver.

#238

Num acórdão da 4ª Câmara do mesmo Tribunal, se afirma o litisconsórcio necessário de todas as pessoas que intervieram no

negócio fraudulento, devendo, pois, "ser citados para a ação o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação

e, se os houver, os terceiros adquirentes de má-fé, sem o que haverá cerceamento de defesa" (RT, 106/214).

Quando a ação pauliana visa anular garantias concedidas a algum credor, deve este ser incluído na lide' 14.

A ação revocatória tem por efeito anular os atos praticados em fraude. De modo que, julgada procedente, a vantagem porventura advinda do ato fraudulento reverte em proveito do acervo sobre o qual se tenha de efetuar o concurso de credores (CC, art.

165). Em outras palavras, o patrimônio do devedor se restaura, restabelecendo-se a garantia original com que contavam os credores". Portanto, os bens alienados voltam ao patrimônio do devedor; as garantias concedidas se aniquilam; e os pagamentos antecipados são devolvidos.

#139

CAPÍTULO V DA CONDIÇÃO, DO TERMO E DO ENCARGO³¹⁶

Sumário:

127. Introdução.

128. A condição. Conceito.

129. Negócios que não admitem condição.

130. Espécies de condição: A) condição casual, potestativa e mista; B) as condições impossíveis; C) a condição suspensiva; D) a condição resolutiva.

131. A condição maliciosamente obstada ou provocada pelo interessado.

132. O problema da retroatividade das condições.

133. O termo.

134. O prazo e as regras a ele relativas.

135. O encargo.

127. Introdução - Estudamos acima (v. n. 91 e nota 189) os elementos essenciais do ato jurídico. Agora, ao tratarmos de suas modalidades, cuidaremos de seus elementos acidentais, isto é, daqueles que, não sendo indispensáveis para a sua constituição, podem existir para alterar as conseqüências que dele, ordinariamente, resultam. São maneiras que podem afetar o negócio jurídico, quando apostas pela vontade das partes.

Para que um elemento acidental se caracterize, é mister que se possa conceber a eficácia do ato jurídico independente dele, pois, caso contrário, tratar-se-ia ele um elemento essencial. Assim, a condição, o termo e o encargo provêm do ajuste entre

as partes, mas sua presença não é indispensável para

#240

a existência do negócio. Modificam-lhe as conseqüências, modelam diferentemente a avença, mas a inexistência

de uma das partes não impossibilita que se conceba o contrato.

No Código Civil de 1916, o legislador disciplinava a condição, termo e o encargo, completando-o com algumas regras relativas

ac prazos. Nele, considerável número de disposições continham menção um princípio normativo do que uma definição conceitual.

Contudo as definições ali registradas eram importantes para a inteligência das regras da Parte Especial do Código Civil.

Assim, o legislador dava conceitos de condição suspensiva e resolutiva. Na Parte Especial, utilizava tais noções dizendo, por exemplo, que a venda a contento repute-se feita sob condição suspensiva (art. 1.144); e que o pacto de melhor comprador valia por condição resolutiva (art. 1.159). Aliás, na Parte Especial, era frequente a referência a termo, a doação ou legado com encargo etc.

128. A condição. Conceito

O Código Civil define a condição em seu art. 121, nestes termos:

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Um negócio, portanto, é condicional quando sua eficácia depende de um acontecimento futuro e incerto.

Assim, a condição não afeta a existência do negócio, mas apenas sua eficácia³¹. O contrato existe desde logo, porque houve a manifestação válida da vontade de ambas as partes; apenas sua eficácia fica dependendo do advento da condição. Por exemplo:

alguém ajusta com um pintor a compra de sua tela, se ela for aceita em uma exposição internacional. O negócio está completo, não havendo dúvida sobre sua existência, porém sua eficácia fica dependente de um evento futuro e incerto ou seja, do fato de ser ou não a tela recebida pelo júri da exposição

#241

aludida. Em caso afirmativo, o negócio gera seus efeitos, independente de nova manifestação de vontade. Frustrada a condição, o negócio se desfaz, por não ter ocorrido aquele pressuposto accidental, que, em virtude da vontade das partes, foi transformado em relevante.

A condição afeta a eficácia do negócio sob dois aspectos: quer impedindo que a avença se aperfeiçoe até o advento da condição, e então se diz ser ela suspensiva; quer tornando sem efeito o ajuste, em virtude de seu advento, e então tem o nome de resolutiva.

A hipótese, acima figurada, da compra de um quadro se for ele recebido em determinada exposição traz um exemplo de condição suspensiva. A compra e venda em questão não gera efeito enquanto a tela não for recebida, ficando, portanto, suspensa a eficácia do contrato até aquele momento. Ademais, se a condição jamais ocorrer, jamais o contrato gerará efeitos.

A aquisição de uma fazenda, sob condição de o contrato se resolver se gear nos próximos três anos, constitui um negócio efetuado sob condição resolutiva. O negócio produz seus efeitos desde logo, mas pode perder sua eficácia se advier o evento

futuro e incerto, representado pela geadas". Se esta incoerir durante aquele perodo, o contrato, que ja estava perfeito, no mais pode ser infirmado, por se haver frustrado a condio resolutive. A condio e uma declarao acessoria da vontade, oposta a outra, que e principal". Daí decorre que ela segue a sina do contrato, sendo nula se ele o for. Ademais no e condio a conseqüencia que deriva necessariamente do ato, como, por exemplo, a clausula que subordina a efetivao de uma compra e venda de imovel a outorga da escritura por parte do vendedor"; mas tao-somente o acerto entre os contratantes,

apondo
#242

ao contrato uma clausula que submeta a eficacia do ajuste a um evento futuro e incerto. O Codigo de 1916 trazia esse principio em seu art. 117, que o legislador de 2002 achou superfluo repetir, por ser uma conseqüencia explicita do conceito de condio.

Necessario se faz que tal evento seja futuro e seja incerto.

Se se tratar de um evento passado, ao qual se subordinou a eficacia do ato, o negocio sera puro e simples, e no condicional.

Verdade que se sustentou na doutrina e com base no art. 1.181 do Codigo Civil francês" que se poderia submeter a eficacia

de um negocio a um evento incerto, ja ocorrido, mas ainda desconhecido dos contratantes.

Porém tal opiniao hoje encontra

poucos adeptos, pois os proprios escritores franceses entendem que na hipoteses o negocio no e condicional, antes, pelo

contrario, sera puro se o fato ocorrido confirma a avenca, e sera inexistente se o evento o torna ineficaz 122.

Se se tratar de evento certo, no existe condio, mas termo. Neste caso, o direito conferido, em vez de ser condicional,

e um direito ja deferido. Com efeito, se alguem prometeu entregar determinada mercadoria em dia prefixado, no estabeleceu

condio, mas termo. O direito do promissorio, no dependendo de fato incerto, mas de acontecimento inexoravel, e um direito

ja deferido, embora futuro.

129. Negocios que no admitem condio

Embora a condio em contre melhor clima no ambito dos negocios patrimoniais, ela pode, em tese, ser incluıda em quase todos os tipos de atos jurıdicos.

Negocios ha, entretanto, que por sua natureza repelem a ideia de condio. So atos geralmente ligados ao Direito de Familia

ou ao Direito das Sucessoes e que devem, desde logo, constituir-se de maneira definitiva, criando uma situao permanente.

Seria inconveniente permitir que a presenca de uma condio, que representa um elemento de incerteza, pendesse sobre tais

atos, ameaando sua eficacia. Vejamos, a seguir, algumas hipoteses.

#243

Ninguém pode se casar sob condição ou a termo, porque o casamento, constituindo elemento básico na estrutura da sociedade e interessando diretamente à ordem pública, deve estar liberto da ameaça de resolução. Como não tem apenas caráter contratual, mas também um aspecto institucional, não se permite que sua eficácia fique subordinada, por ajuste anterior dos nubentes, ao advento de uma circunstância incerta e futura, não prevista pela lei. Não se pode, tampouco, emancipar filho sob condição, pois, como a emancipação gera importantes efeitos na ordem social, seria inconveniente que ela pudesse desfazer-se pelo advento da condição. No regime do Código de 1916 a lei determinava que não se podia reconhecer filho ilegítimo (art. 361) ou adotar (art. 375) sob condição porque tanto o reconhecimento como a adoção alteravam o estado do indivíduo, modificavam-lhe a posição familiar, estabelecendo uma situação que deve ser permanente. Hoje a condição de filho ilegítimo não mais existe, portanto o art. 361 perdeu vigência. Não se pode aceitar ou renunciar herança sob condição ou a termo (CC, art. 1.808), porque, ainda aqui, convém que as relações sucessórias se estabeleçam de maneira definitiva, evitando-se, por exemplo, que uma renúncia condicional possa transformar-se em aceitação efetiva, trazendo substancial alteração patrimonial para ambas as partes, com riscos para terceiros, e inconvenientes para a sociedade.

130. Espécies de condição: A) condição casual, potestativa e mista; B) as condições impossíveis; C) a condição suspensiva; D) a condição resolutiva. São lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (CC, art. 122). A lei expressamente proíbe as condições: a) que privarem de todo o efeito o ato"; b) que o sujeitem ao arbítrio de uma das partes; c) impossíveis (CC, art. 123), quer sejam fisicamente impossíveis, quer juridicamente, incluindo-se entre estas as condições contrárias à moral e aos bons costumes. Poder-se-ia, portanto, tendo em vista tal posição do legislador, dividir, inicialmente e num primeiro passo, as condições em lícitas e #244 ilícitas, conforme sejam permitidas ou expressamente defesas pela lei. Tomando dentre as ilícitas as potestativas, ou seja, as que sujeitam o ato ao arbítrio de uma das partes, estar-se-á encarando a condição sob o ângulo da fonte de onde ela promana; sob esse aspecto, as condições dividem-se em: casuais, potestativas e mistas. A idéia de condição impossível opõe-se à de condição possível, sugerindo mais esta classificação. Quanto àquela, a lei ainda distingue a condição fisicamente impossível da juridicamente impossível, estabelecendo

que a primeira se considera não escrita e que a última invalida os atos a ela subordinados (CC, art. 123).

Tendo em consideração a influência que a condição exerce sobre a sorte do direito a que afeta, podem-se classificar as condições lícitas

em condições suspensivas e resolutivas.

Dentro desse quadro vamos estudar cada espécie.

A) Condição casual, potestativa e mista - Para distinguir cada uma dessas espécies de condição, mister ter em vista o acontecimento de que derivam. Se a condição proveio do acaso, diz-se ser casual; se emanou da vontade exclusiva de uma das partes, chama-se condição potestativa; se deflui da vontade de uma ou de ambas as partes e também da vontade de terceiro, dá-se-lhe o nome de condição mista³."

#245

A condição casual - si nazis ex Asia z,enerit dos romanos - é aquela que depende de um acontecimento alheio à vontade das partes, estando submetida ao caso fortuito ou ao acaso.

Por extensão, dá-se igualmente o nome de casual à condição que subordina a obrigação a um acontecimento que depende da vontade exclusiva de um terceiro⁴."

Diz-se potestativa a condição quando a realização do fato, de que depende a relação jurídica, subordina-se à vontade de uma das partes, que pode provocar ou impedir sua ocorrência.

Nem todas as condições potestativas são ilícitas⁵"". Só o são as puramente potestativas, isto é, aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula si vWitero, ou seja, se me aprouver.

As condições simplesmente potestativas diferem das acima mencionadas porque, embora sujeitas à manifestação de vontade de uma das partes, dependem, por igual, de algum acontecimento que escapa à sua alçada.

Por exemplo: dar-te-ei minha casa se fores ao Japão. Ir ao Japão depende da vontade do declarante, mas depende também de se conseguir tempo e dinheiro para uma viagem tão longa e tão custosa.

O caso prático de maior interesse referente à matéria é o da renovação da locação, deixada ao arbítrio do locatário. Tem-se

reiteradamente entendido que tal cláusula não configura uma condição puramente potestativa, e sim uma condição simplesmente potestativa, que, por conseguinte, é lícita, porque a manifestação volitiva num sentido ou noutro depende de circunstâncias

externas ao locatário, tal como a conveniência, demonstrada pela experiência, de se manter no imóvel locado. Assim decidiu

o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo saudoso Philadelpho Azevedo:

DIREITO CIVIL

"Considera-se potestativa a condição cujo implemento repouse no mero arbítrio da parte, equivalente a capricho, e não a

que resulta de motivos diversos que razoavelmente influem na vontade do interessado. É válida a cláusula em contrato de arrendamento que subordina a sua continuação pelo segundo prazo nela estipulado à vontade do locador ocorrendo circunstâncias razoáveis para a sua denegação, sem fraude ao espírito da lei de luvas" (RT, 162/815)121.

A doutrina francesa tem também sustentado ser válida a cláusula na qual o devedor se compromete a pagar quando puder, ou quando tizer meio"-". Igual idéia foi esposada pelo Tribunal de São Paulo (RT, 189 / 787), ao decidir a seguinte hipótese:

o réu havia confessado dívida dispondo-se a pagá-la quando estivesse a seu alcance, ou quando vendesse o seu estabelecimento.

O credor, acreditando inócua a condição, por potestativa, ajuizou desde logo a ação de cobrança, na qual foi vencido, por entender o Tribunal que a cláusula não continha uma condição meramente potestativa, mas sim um termo incerto.

Diz-se condição mista aquela que depende da vontade de uma das partes e, igualmente, da vontade de um terceiro determinado".

Por exemplo: dar-te-ei certa importância se constituíres sociedade com dada pessoa. Nesse caso, a eficácia da liberalidade fica dependendo de uma circunstância que não está apenas na vontade do beneficiário, mas também na de terceira pessoa, que pode não querer ultimar a sociedade em questão.

B) As condições impossíveis - Condição impossível é aquela que subordina a eficácia do negócio a um acontecimento cuja realização é física ou juridicamente inalcançável.

#247

A impossibilidade física contém sempre uma disposição que contradiz a natureza das coisas, como na hipótese de se subordinar a eficácia de um negócio ao fato de jamais chover sobre a Terra.

A impossibilidade física só se caracteriza quando se invoca uma circunstância inalcançável para todas as pessoas. Uma condição

não se torna impossível pelo fato de ser inatingível para um determinado devedor". Se se propõe a um mendigo um negócio

cujá eficácia depende de arrematar ele um lote de ações na Bolsa, não se pode ter tal cláusula como condição impossível,

pois, embora surja ela inacessível para aquela pessoa, não o é para muitas outras33'

A condição juridicamente impossível é aquela que colide com um obstáculo legal e permanente, ou que fere a moral e os bons costumes.

Exemplo do primeiro caso é o da condição de reconhecer filho incestuoso (CC de 1916, art. 358)"" ou a de adotar pessoa da mesma idade do adotante (CC, art. 1.619).

Exemplo do segundo é o da condição de cometer crime, ou a de praticar ato imoral ou ato que fira uma prerrogativa humana

inalienável. Assim, existe condição impossível, por imoral, quando alguém promete uma prestação a outrem se ele se prostituir,

ou se mutilar ou se dedicar a um comércio proibido etc. Assim decidiu o Tribunal do Rio Grande do Sul:

"C) ato prometendo uma recompensa para a vida em concubinato é condição imoral, nula em face do art. 116 do Código Civil" (RT, 122/606).

#248

O legislador brasileiro atribuiu efeitos diversos à condição, conforme seja ela física ou juridicamente impossível. A condição de não fazer coisa fisicamente impossível tem-se por inexistente (CC art. 124). A juridicamente impossível invalida o ato a ela subordinado (CC, art. 123). Por conseguinte, se a impossibilidade é física, o ato prevalece, considerando-se a condição como não escrita; se jurídica a impossibilidade da condição, tanto esta como o contrato em seu todo são nulos.

Justifica Beviláqua 3-14 a severidade de tal orientação no fato de o direito não poder amparar o que lhe é adverso. Se as partes condicionam a eficácia do negócio a uma circunstância que colide com a lei, com a ordem pública, com a moral ou os bons costumes, tal estipulação contamina todo o contrato, que, por essa razão, não pode subsistir". Assim, por exemplo, será nulo o ato jurídico em que se estipula, como condição de sua eficácia, um segundo casamento de pessoa já casada.

#249

Tão sérias se apresentam as conseqüências da lei que surge relevante o problema de saber se determinada condição fere ou não a norma, a moral ou os bons costumes. E aqui a matéria é controvertida. Assim, a cláusula de viduidade. Se o marido faz doação à mulher, ou deixa-lhe legado cuja eficácia depende de manter-se ela viúva após sua morte, há que distinguir: se o seu propósito é altruísta, tendo em vista a educação dos filhos comuns, evitando que a atenção da mãe se disperse com o cuidado devido aos filhos de um segundo matrimônio, vale a condição, no caso, não considerada ilícita; se, entretanto, seu móvel é perverso, se o incita apenas o ciúme, a cláusula é imoral e não pode subsistir". Ainda em matéria de liberdade de casamento, tem-se entendido ser ilícita a cláusula que condiciona a eficácia de um negócio ao fato de a outra parte não se casar, porque tal disposição fere a liberdade individual e colide com o interesse social. Mas a condição só será ilícita se absoluta, pois, se a disposição vedar apenas o casamento com dada pessoa, ou com pessoa pertencente a um grupo restrito, não surge o atentado à liberdade individual, já que resta àquele contratante vasto campo onde escolher seu consorte".

Henri de Page l' refere-se mesmo a uma hipótese em que, a despeito de a condição submeter a eficácia do negócio a uma proibição absoluta de casar, a seu ver e dada a finalidade altamente recomendável da disposição, não se caracteriza a sua iliceidade.

Trata-se, no exemplo apresentado, de liberalidade feita a uma jovem, grave e incuravelmente doente, e a condição de não

casar, a ela imposta, visa evitar desastrosas conseqüências porventura resultantes para a sua prole eventual.

Em muitos outros casos se discute se é lícita ou não a condição. Têm-se sustentado, por exemplo, a liceidade da cláusula

de abraçar o sacerdócio e a iliceidade da que impõe mudança de religião; considera-se ilícita a cláusula de não atacar ato

nulo, mas lícita a de não procurar invalidar ato meramente anulável".

#250

Em conclusão: o juiz, analisando a espécie a ele submetida, deve anular o negócio quando o escopo das partes foi ferir a

norma, a moral ou os bons costumes.

C) A condição suspensiva - O art. 125 do Código Civil dá a noção de condição suspensiva.

Diz que, subordinando-se a eficácia

do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa. De modo que,

nos contratos subordinados a essa espécie de cláusula, a aquisição do direito fica submetida à ocorrência de um fato futuro

e incerto. Se este advier, adquire-se o direito; caso contrário, não.

Enquanto a condição não ocorre, o titular do direito eventual tem

apenas uma expectativa de direito, uma spes debitum iri, ou seja, a possibilidade de vir a adquirir um direito, caso a

condição ocorra. Quando alguém promete vender a outro seu automóvel se naquele ano for posto a venda um modelo novo, o promissário

não se torna titular de uma prerrogativa, mas apenas adquire a expectativa de efetuar uma aquisição, caso ocorra o evento

futuro e incerto aludido.

Essa spes debitum iri, entretanto, representa um valor patrimonial, possível de ser

negociado. É um plus no patrimônio do

credor. Tanto isso é verdade que a lei permite ao titular do direito eventual o exercício de atos conservatórios (CC, art.

130). Assim, no exemplo acima formulado, o promissário da venda do automóvel pode tomar medidas necessárias para preservar

seu direito, registrando seu contrato para valer contra terceiros, notificando eventuais compradores do veículo da existência

do negócio condicional etc.

Paralelamente, surge sobre a coisa objeto do contrato um ônus que, sem chegar a ser um vínculo real, representa uma limitação

ao direito do alienante, de certo modo importante. Com efeito, se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva e,

pendente esta, fizer

"Art. 531. São especialmente proibidas as condições seguintes:

1. Habitar sempre um lugar determinado ou sujeitar-se à eleição de domicílio por vontade de um terceiro;

2. Mudar ou não mudar de religião;

3. Casar-se com determinada pessoa, ou com aprovação de um terceiro, ou em certo lugar, ou em certo tempo, ou não se casar;

4. Viver em celibato perpétua ou temporariamente, ou não se casar com pessoa determinada, ou divorciar-se".

#251

quanto àquelas novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis (CC, art 126).

No exemplo figurado, por conseguinte, se o promitente vendedor der em penhor o veículo e a condição advier, o penhor se

resolve, pois, na hipótese, os efeitos da condição retroagem à data do negócio, por expressa disposição do art. 126.

D) A condição resolutiva - O negócio sujeito à condição resolutiva

se aperfeiçoa desde logo, todavia fica sujeito a se desfazer, e de fato se desfaz, se ocorrer aquele evento futuro e incerto

referido na avença. Alguém adquire uma fazenda sob condição de o negócio se resolver se gear nos próximos dois anos. O negócio

é perfeito desde logo, porém tem sua eficácia ameaçada pela eventual ocorrência do fato estipulado. Se ele não advier dentro

de tal prazo, frustra-se a condição, e o contrato continua a vigor em toda sua plenitude; se, pelo contrário, o fato temido

produzir-se, o negócio perde sua eficácia, desamarrando-se o nó contratual.

Enquanto na condição suspensiva o ato só ganha eficácia com o advento daquela, na resolutiva o negócio se resolve com referido

advento (cf. julgados na RT, 194/720, 201/133). O art. 127 do Código Civil precisa os efeitos da condição resolutiva. Diz

ele:

Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará, o negócio jurídico, podendo exercer-se

desde a vigência deste o direito por ele estabelecido.

Convém notar que o legislador imagina a existência de uma condição resolutiva em todos os contratos bilaterais. Contrato

bilateral é aquele que envolve prestações recíprocas de ambas as partes. Poder-se-ia mesmo dizer que, nos contratos bilaterais,

a prestação de um contratante tem por causa e razão de ser a prestação do outro. Isto posto, pressupõe a lei que em tais

convenções exista sempre, expressa ou tácita, uma condição resolutiva posta mais ou menos nestes termos: o con-

trato se resolverá se uma das partes não fornecer sua prestação. Portanto,

ocorrendo o inadimplemento de um contratante, pode o outro pedir a rescisão do ajuste e a composição de seu prejuízo (CC,

art. 475).

#252

O legislador apenas distingue conforme a cláusula resolutória seja expressa ou tácita. No primeiro caso a resolução opera

de pleno direito, isto é, automaticamente. No segundo, mister se faz que o inadimplente seja interpelado judicialmente.

131. A condição maliciosamente obstada ou provocada pelo interessado

A lei considera verificada a condição quando é maliciosamente obstada pela parte a quem prejudica; e a presume não ocorrida

quando for maliciosamente provocada por aquele a quem o seu implemento aproveita (CC, art. 129).

Ela condena por igual o dolo daquele que impede a realização da condição e o daquele que lhe força o advento". Assim, se na condição suspensiva o credor maliciosamente altera as circunstâncias de fato para ativar-lhe a ocorrência, ou o devedor evita que ela se manifeste; ou se na condição resolutiva o atual titular do direito frustra maliciosamente a possibilidade de seu surgimento, ou o credor força sua aparição, a lei, ficticiamente, desconsidera a realidade e presume o contrário do que efetivamente se passou¹¹ -.

A regra é informada pelo princípio da responsabilidade, pois, convocando ou frustrando a condição, um dos contratantes causa em sua segunda alínea cuidava da garantia de obrigação em caso de ameaça de inadimplemento, e em seu parágrafo único, da condição resolutiva das obrigações, pelo inadimplemento da obrigação de uma das partes. O Código de 2002, embora guardando todas as regras do art. 1.092 do Código anterior, as disciplinou de maneira diversa.

No capítulo intitulado "Da extinção do contrato" abriu uma seção intitulada "Da exceção do contrato não cumprido", onde reproduziu os dois dispositivos do caput do art. 1.092, acima citado.

E numa seção intitulada "Da cláusula resolutiva" repetiu a regra sobre a condição resolutiva da obrigação. Transcrevo os arts. 474 e 475 do novo Código, em que consta essa regra:

Da cláusula resolutiva

Art 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de estipulação das partes.

Art 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em alguns dos casos, indenização por perdas e danos.

#253

juízo ao outro, e a melhor maneira de repará-lo é considerar a condição como não ocorrida ou realizada".

No direito francês, mister se faz que o ato do devedor seja culposos, pois, se ele impede a condição ao exercer direito, não se aplica a regra do art. 1.178 do Código Napoleônico¹. Entre nós, entretanto, não basta apenas a culpa do devedor como causadora do advento da condição, nem se pode considerá-lo responsável pela sua inexecução, se apenas atuou negligentemente.

A lei usa a palavra maliciosamente, que envolve a idéia de intenção e, portanto, de dolo. Conseqüentemente é mister que haja dolo de uma das partes, para que ocorra a hipótese figurada no art. 129 do Código Civil¹³¹

132. O problema da retroatividade das condições

Alguns eminentes escritores nacionais sustentam que, entre nós, os efeitos da condição retroagem à data do negócio a que ela foi aposta. Entendem, assim, que o Código Civil brasileiro teria seguido a orientação do francês, cujo art. 1.179 determina expressamente que "a condição ocorrida tem um efeito retroativo ao dia

em que a obrigação foi contratada".

#254

Tal opinião, todavia, encontra opositor³⁴, que, ao contrário, sustentam ter a lei deste País se inspirado no Código Civil

alemão, cujo art. 156 nega efeito retroativo à condição.

O problema oferece relevante interesse teórico, pois, admitida a retroatividade das

condições, daí defluem, entre outros,

os seguintes efeitos: a) resolvem-se os atos de disposição praticados pendente conditione;

b) tornam-se sem efeito os atos

de administração realizados neste período; c) devem ser devolvidos os frutos percebidos em tal intervalo.

Entretanto, como já apontei alhure³¹, a matéria na prática oferece menor interesse^{4y}

porque, nos países em que se admite

a retroatividade da condição, o legislador exclui dos efeitos retrooperantes alguns atos,

enquanto nos países onde se nega

o efeito retroativo da condição, a lei, expressamente, invalida determinados atos praticados pendente conditione. Dessa

maneira, num e noutro sistema, atos existem que se livram do efeito retroativo da cláusula condicional, enquanto outros

sofrem sua incidência. E ver-se-á que as soluções coincidem.

No sistema francês, são quase unânimes a doutrina e a jurisprudência no proclamar que, a

despeito do princípio genérico

da retroatividade, os atos de administração praticados pendente conditione prevalecem e os

frutos percebidos não precisam

ser devolvidos. De modo que tais atos escapam ao efeito retroativo da condição, o qual, por

consequente, só abrange os atos

de disposição.

No sistema alemão, o art. 161 do Código Civil determina serem inválidos os atos de disposição levados a cabo pendente conditione,

se esta, a final, advier. Por consequente, a solução é idêntica à alcançada na França.

Entendo que, no Brasil, tendo a lei silenciado sobre os efeitos porventura retroativos da

condição, esta, genericamente,

não retroage. A retroatividade dos efeitos do ato jurídico constitui, a meu ver, exceção à

regra geral da não-retroatividade,

de sorte que, para retroagirem os efeitos de qualquer disposição contratual, mister se faz

que haja lei expressa em tal

sentido, ou convenção entre as partes. Caso contrário,

#255

isto é, se nada se estipulou e a lei é silente, os efeitos da condição só operam a partir do seu advento.

No direito brasileiro, o legislador, em alguns casos, abre exceção à regra da

não-retroatividade da condição. Assim, no

art 126 do Código Civil prescreve que os atos de disposição, efetuados durante a pendência

da condição suspensiva, perdem

sua eficácia se esta, posteriormente, advier (CC de 1916, art. 122).

Quanto à condição resolutiva, completando o art. 128 do Código Civil (art. 119 do Código anterior), que determina a extinção

do direito a que ela se opõe quando de sua ocorrência, encontra-se o art. 1.359 (art. 647 do Código anterior), atribuindo efeito retroativo à condição ou ao termo resolutivo.

Portanto, e a título de conclusão:

- a) a condição não tem, em regra, efeito retroativo, exceto quando a lei expressamente o determina; por conseguinte, os atos de administração praticados pendente conditione sobrevivem intocados, não se devendo, tampouco, devolver os frutos colhidos;
- b) a lei expressamente determina que o advento da condição terá efeito retroativo quanto aos atos de disposição, os quais se invalidam com a sua ocorrência.

133. O termo

Termo é, na definição de Beviláqua¹, o dia em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico. Trata-se de modalidade do negócio cujo fim é suspender a execução ou o efeito de uma obrigação, até um momento determinado, ou até o advento de um acontecimento futuro e certo².

Nisso consiste, efetivamente, a diferença entre o termo e a condição. Enquanto nesta tem-se em vista um evento futuro e incerto, no termo considera-se um momento futuro e certo. Daí decorre que no direito condicional o seu titular poderá ou não adquirir o direito a que

#256

se refere o contrato, dependendo da ocorrência ou não do fato posto como condição. Seu direito, portanto, é meramente eventual; fica em suspenso, podendo jamais se cristalizar. No termo, todavia, como o direito a que ele se refere será inexoravelmente do credor, por isso que o termo, por definição mesmo, é certo, diz-se que tal direito, embora futuro, é deferido, porque o termo não impede a aquisição do direito, cuja eficácia ele apenas suspende³. Se procedermos a um desmembramento da definição acima formulada, podemos distinguir o termo inicial do termo final.

Termo inicial (dies a quo) é o que suspende o exercício de um direito, ou, ainda, é o momento em que a eficácia de um ato jurídico deve começar. Também se chama termo suspensivo, porque protraí a exigibilidade de um direito⁴. Por exemplo: a locação terá início na primavera.

Termo final (dies ad quod) é o que dá término a um direito criado pelo contrato e até então vigente. Em oposição ao termo inicial, poder-se-ia dizer que é o momento em que a eficácia do ato jurídico deve terminar. Também se denomina termo resolutivo ou extintivo⁵. Por exemplo: a locação ora estabelecida terá a duração de dois anos a terminar em 26 de julho de 2003⁶.

Entretanto, o conceito de condição está tão próximo do de termo que a lei, para alguns efeitos, compara o termo inicial à condição suspensiva, e o termo final à condição resolutiva. É o que se lê no art. 135 do Código Civil, in verbis:

Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas á condição suspensiva e resolutiva.

Assim, ao titular do direito a termo se permite a prática de atos conservatórios. Neste caso, com muito mais motivo do que

na condição, porque,

#257

enquanto o titular do direito condicional o é apenas de um direito eventual, o titular do direito a termo,

como acabamos de ver, o é de um direito futuro, lhas deferido.

Ademais, da mesma maneira que na condição suspensiva adimplida (CC, art. 126), o advento do termo inicial invalida os atos

de disposição antes dele praticados, e o de termo final extingue o direito que a ele se opõe (CC, art. 128).

Embora o que caracteriza o termo seja a circunstância de ser certo seu advento, pode acontecer que haja incerteza quanto

ao momento da ocorrência. Assim, distingue-se o termo certo do termo incerto.

Diz-se certo, quando o termo se refere a uma data determinada, como, por exemplo, 26 de julho de 2001; e incerto, quando

configura um fato inexorável, mas em que não se pode precisar o momento exato de sua ocorrência, como, por exemplo, a data

do falecimento de Lima pessoa"i".

134. O prazo e as regras a ele relativas

Prazo é o lapso de tempo

transcorrido entre a declaração de vontade e o advento do termo.

Problema relevante nesta matéria é o da contagem dos prazos. O art. 132 do Código Civil determina que se computem os prazos

excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. Todavia, se este cair no sábado ou em dia feriado, considera-se prorrogado

o prazo até o seguinte dia útil.

Além de definir o que é meado, isto é, o décimo quinto dia de cada mês, o art. 132, em seu § 4º, determina que os prazos

fixados por hora contam-se de minuto a minuto. O problema é relevante, porque envolve um maior rigor imposto pelo legisladora".

Entretanto, no mais das vezes, depende da fixação do termo inicial a partir do qual o prazo passa a correr, como acontece

na falência, por exemplo, em que o juiz é obrigado a indicar a hora da declaração da falência, entendendo-se, em caso de

omissão, que se deu ao meio-dia (Lei de Falências - Dec-Lei n. 7.661, de 21-6-1945, art. 14, parágrafo único, 11).

#258

A lei, no silêncio do ato, presume o prazo estabelecido em favor do devedor. Se se tratar de testamento, a regra é a mesma,

pois aí o herdeiro é devedor dos legados, de sorte que é em seu proveito que se presumem criadas as dilações.

Daí decorre que, se o devedor não pode ser obrigado a pagar antes do termo, tem o direito de fazê-lo, pois o prazo se abriu

em seu favor.

Como corolário de tal asserção, deflui que, se expressamente se estabeleceu o prazo em favor do credor, não pode, em regra, o devedor solver sua dívida antes do vencimento, para liberar-se dos encargos que a oneram. Tais estipulações, raras em períodos inflacionários, não escasseiam em regimes de estabilidade. Ao credor, que aplica seu capital mediante juro remunerador e garantia adequada, pode convir estabelecer que o prazo se fixou em seu proveito, impossibilitando, assim, o devedor, de antecipar o resgate da dívida, o qual, pelo menos, dar-lhe-á o trabalho de procurar reinvestir tal capital. Em épocas sujeitas a altos índices de inflação, tal estipulação mostra-se inaplicável. Aliás, essa espécie de ajuste, de certo modo e pelo menos parcialmente, tem desertado do campo da liceidade, por meio de leis especiais. Assim, o art 7º da Lei da Usura (Dec. n. 22.626, de 7-4-1933) faculta sejnpre ao devedor liquidar ou amortizar sua dívida hipotecária ou pignoratícia, sem pagamento de multa ou juros vincendos; o art. 15 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, concede igual faculdade ao promissório comprador de terrenos loteados, sendo, portanto, ilícita a estipulação em contrário.

Ainda a respeito dos prazos, cuida a lei daqueles atos que os não mencionam, determinando serem exequíveis desde logo. É a regra geral que será repetida pelo legislador no art. 331 do Código Civil, quando diz que, não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigí-lo imediatamente. Tal regra já se encontrava no Digesto (Liv. 17, frag. 41, § Y), onde se dispunha que in omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur presertim die debetur.

Exemplo característico se encontra em julgado do Tribunal de São Paulo. Vendida certa mata para corte, sem prazo marcado para a retirada da madeira, os compradores deixaram passar sete anos sem esgotarem o manancial, razão pela qual os vendedores pediram lhes fosse cominado prazo para retirada da madeira, fundados no artigo em comentário. Julgada procedente a ação, concedeu-se aos compradores o prazo de #259

150 dias para proceder ao corte e remoção da madeira, pois entendeu a Corte que: "Tratando-se de obrigação sem prazo, aplica-se o disposto no art. 129 do Código Civil, tendo-se em vista, para fixação daquele, o tempo necessário para a execução pactuada" (RT, 194 / 858) ' .

Entretanto, embora sem prazo, as obrigações não serão exigíveis desde logo: a) se a execução tiver de ser feita em lugar diverso; b) se depender de tempo.

Assim, não é exequível desde logo a obrigação do fornecedor de tacos, ainda que sem prazo, se os compartimentos onde eles devem ser assentados não estão prontos, de maneira a permitir o serviço (RT, 158/752). Tal obrigação, evidentemente, depende de tempo.

135. O encargo

Encargo ou modo é uma limitação trazida a uma liberalidade, quer por dar destino ao seu objeto, como, por exemplo, doar a A uma casa, contanto que ele aí vá morar; quer por impor ao beneficiário uma contraprestação, como, por exemplo, deixar a B cinco milhões, mas ele terá de educar meus filhos até a maioridade. É um ônus que diminui a extensão da liberalidade".

Beviláqua o define como a determinação acessória, em virtude da qual se restringe a vantagem criada pelo ato jurídico, estabelecendo o fim a que deve ser aplicada a coisa adquirida, ou impondo uma certa prestação".

O encargo se distingue da condição, pois, enquanto esta atua sobre a eficácia do negócio, impedindo a aquisição do direito (se suspensiva), ou aniquilando-o (se resolutiva), o encargo não suspende tal aquisição, que se torna perfeita e acabada desde logo, a menos

#260

que o disponente imponha o contrário, caso em que o modo funcionará como condição suspensiva (CC, art. 136).

Assim, se o testador, ao fazer um legado, impõe ao legatário o encargo de erguer-lhe um mausoléu, a deixa testamentária produz efeitos desde logo, e o domínio do legado se transfere ao legatário a partir da morte do testador (CC, art. 1.923), embora, como é natural, aquela obra nem sequer haja sido iniciada. Trata-se de encargo cuja existência não impede a aquisição do direito. Pode, entretanto, o testador impor o ônus sob forma de condição (CC, art. 136, 2ª parte), dizendo, por exemplo:

deixo a casa n. 23 a C, se ele erguer um túmulo para guarda dos meus restos mortais. Neste caso, o direito ao legado só se adquirirá se advier a condição, ou seja, a construção da obra pelo legatário.

„ O inadimplemento do encargo pode conduzir ao desfazimento da liberalidade, pois o art. 553 do Código Civil, referente

à doação, torna obrigatório, ao donatário, o cumprimento dos encargos da doação, e o parágrafo único desse dispositivo determina que a doação onerosa que for de interesse geral poderá ter seu cumprimento exigido pelo Ministério Público após a morte do doador.

Quanto ao legado, em princípio deve-se aplicar a mesma regra, pois o legatário é igualmente obrigado a cumprir os encargos da liberalidade. Todavia tal ponto de vista pode eventualmente ser contestado, pois a lei não comina expressamente tal consequência.

As disposições, citadas, do art. 1.180, aos legados com encargo também se aplicam e nas liberalidades modais por ato mortis causa a ação de execução compete a quem tiver legítimo interesse, ou ao Ministério Público, tratando-se de encargo do interesse geral, ou de interesse de incapazes, caso este último no qual o Ministério Público poderá agir diretamente, se o representante

do incapaz não o fizer" (Ato jurídico, cit., n. 150).

#261

CAPÍTULO VI

DA FORMA DOS ATOS JURÍDICOS E DA SUA PROVA

SUMARIO:

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 136. Introdução | 261 |
| 137. A forma dos atos jurídicos | 262 |
| 138. A finalidade da forma dos atos jurídicos | 264 |
| 139. Efeitos da desobediência à forma prescrita | 265 |
| 140. Distinção entre as formas ad solemnitatem e ad probatimem tantum ... | 266 |
| 141. Prova, conceito, utilidade | 266 |
| 142. Prova dos atos solenes | 267 |
| 143. A escritura pública | 268 |
| 144. O instrumento particular | 270 |
| 145. A prova dos atos de forma livre | 271 |

136. Introdução

O Código de 1916 continha um capítulo denominado "Da forma e prova dos atos jurídicos", matérias que de certo modo se entrelaçam, pois em muitos casos o legislador, ao impor a um ato determinada forma, não permite ao juiz a admissão de prova por outro meio, como o fazia o art. 118 do Código de Processo Civil de 1939.

No capítulo em questão só os dois primeiros dispositivos se referem à forma dos negócios jurídicos; os demais, à prova.

O Código de 2001, nas disposições gerais a respeito do negócio jurídico, repetiu, em seu art. 107, a regra que encimava o capítulo sobre a forma no sistema anterior. E a regra do atual art. 107 repete, em todos os seus termos, a do art. 129 do Código de 1916. Diz ela:

#262

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

E o novo Código, em substituição ao capítulo sobre a forma e prova, criou um capítulo sobre a prova (arts. 212 e s.), onde cuida desse tema.

Decidi manter nesta edição, a primeira após a entrada em vigor do novo Código Civil e com as disposições do novo diploma, o meu capítulo das edições anteriores, principalmente em face das considerações a respeito da forma dos negócios jurídicos, que me parecem pertinentes. E o mantive no lugar de sua estrutura original. Como, no capítulo mencionado, os dois primeiros artigos se referem à forma dos atos jurídicos, e os demais, à prova, a exposição também será dividida em duas partes.

137. A forma dos atos jurídicos

Os negócios jurídicos são, como insisti, atos de vontade humana capazes de provocar conseqüências na órbita do direito. Ora, a vontade é elemento de caráter subjetivo que, para ser conhecida, deve manifestar-se por meio de uma declaração. Essa declaração, por sua vez, reveste-se de forma externa, suscetível de ser conhecida pelos interessados. Pode-se apresentar por palavra escrita ou oral, gestos etc. Assim, a declaração da vontade se exterioriza por meio de uma forma dada. Ora, para alguns atos a lei exige forma determinada, enquanto, para outros, dispensa tal forma. O problema ora proposto é o de verificar quando a lei requer forma precisa e qual a finalidade do formalismo dentro do âmbito dos atos jurídicos. Nas sociedades primitivas, grande é a função do formalismo; o ritual tem uma importância quase sagrada. A evolução do direito vem se processando, às vezes com certo recuo, é verdade, no sentido de se diminuírem as solenidades, simplificando-se os atos.

No exame do direito romano tal asserção se ilustra. A *mancipatio* e a *in jure cessio* são negócios extremamente solenes, procedidos dentro de um rigoroso ritual e em que a mera omissão de uma palavra na fórmula torna ineficaz o ato. A própria *stipulatio*, mais recente e menos solene, ainda tira sua força vinculante, não da causa geradora do negócio, mas da estipulação formal. A forma prevalece; sem ela não se concebe o negócio.

#263

A importância da forma, todavia, diminui com o tempo. Planiol entende que dois elementos provocaram a decadência do formalismo:

as necessidades do comércio e o progresso da cultura intelectual. As operações comerciais precisam processar-se simples e celeremente; dessa maneira, foi o ato comercial por excelência, isto é, a compra e venda, que abriu a primeira brecha

no sistema dos contratos solenes do velho direito romano. Por outro lado, a difusão da cultura e a vulgarização da palavra escrita permitiram o estabelecimento de um meio de prova simplificado, representado por *chirographa* e *catitiones*. As antigas solenidades, entre outras virtudes, tinham a de facilitar a prova dos atos jurídicos, pois gravavam no espírito dos presentes a efetivação do negócio. A escrita, sob esse aspecto, tornou-as inúteis. O acordo de vontades, provado por escrito, é meio suficiente e adequado para evidenciar qualquer avença'h'.

Não obstante, se o formalismo apresenta alguns aspectos negativos, apresenta outros favoráveis, e não são poucos os escritores que vêem na atualidade uma tendência de retorno à forma solene, como garantia à segurança dos negócios.

De fato, o formalismo estabelece de maneira indiscutível a vontade das partes e conserva a memória de sua manifestação.

Esta última circunstância é relevante nas sociedades mais atrasadas, que desconhecem a escrita ou apresentam-na em estágio

rudimentar. Com efeito, a solenidade da mancipatio, por exemplo, que envolve a presença de cinco testemunhas e de uma porta-balança, perante quem as partes pronunciam a fórmula solene e pesam a moeda que pagam, consegue, por meio de tão veemente exteriorização, marcar o espírito dos presentes, facilitando a prova. Todavia, a par de umas poucas vantagens, o formalismo torna lenta e pesada a formação dos atos jurídicos, exigindo um procedimento burocrático, que não incentiva o desenvolvimento das relações humanas.

A lei brasileira exige forma especial para certos atos, deixando às partes, na maioria dos casos, plena liberdade para adoção da forma que entenderem. Tal regra só será essa falia negocia quando o legislador assim o determinar. De outro modo podem os contratantes recorrer à forma que lhes aprouver. É o que diz o art. 107 do Código Civil: #264

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

A regra geral, portanto, é a da liberdade de forma, a qual só não vige quando a lei expressamente demandar forma especial.

Beviláqua define a forma como o conjunto das solenidades que se devem observar para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica.

138. A finalidade da forma dos atos jurídicos

A forma especial, quando exigida pelo legislador, tem por fim: a) garantir a autenticidade do ato; 1)) assegurar a livre manifestação da vontade das partes; c) chamar a atenção das partes para a seriedade do ato que estão praticando¹⁴; d) facilitar a prova do negócio jurídico.

Tendo em vista uma das finalidades acima mencionadas - chamar a atenção das partes para a seriedade do ato que estão praticando

-, observa-se que as solenidades são mais ou menos complexas, conforme sejam mais ou menos graves as conseqüências dos atos

em questão. Talvez seja o casamento o ato mais sério na vida do homem, pelas responsabilidades que envolve e pelos efeitos

que gera. É ele, portanto, o que o legislador cerca das mais complexas formalidades. A seguir, o testamento. O legislador

só atribui validade ao testamento se ele se revestir de toda a solenidade prescrita na lei. E assim, à medida que os atos

decresem de importância, menores, me parecem, as solenidades exigidas para a sua feitura: escritura pública, termo nos autos, instrumento particular etc.

Por vezes o legislador, embora inclua o ato entre os formais ou solenes, faculta se leve o mesmo a cabo através de mais

de uma forma. Por exemplo: em face do Código Civil a renúncia de herança é ato formal, todavia pode ser efetuada ou por

escritura pública ou por termo nos autos (CC, art. 1.806); outro tanto ocorre com a transação, quando se trata de direitos

contestados em juízo (CC, art. 842); o reconhecimento
#265

voluntário de filho nascido fora do casamento far-se-ii ou por testamento, ou no termo de abertura do assento de nascimento, ou por escritura pública (CC, art 1.609); o testamento ordinário pode ser feito ou por forma pública, ou por forma particular, ou por forma cerrada.

Alguns atos devem alcançar determinada publicidade para que terceiros neles não participantes, mas eventualmente interessados, tomem ciência de seu conteúdo`. São negócios em que a forma prescrita em lei deve ser completada pelo elemento publicidade.

Por vezes tal publicidade é requisito de validade do ato jurídico, como elemento complementar de sua forma. Noutros casos

é ela apenas indispensável para que o ato valha contra terceiros". Exemplo do primeiro caso temos nos negócios translativos

de imóveis, os quais, embora se devam fazer por escritura pública, só transferem o domínio após registro no Cartório de

Registro de Imóveis (CC, art. 1.245). Aliás, a constituição ou a transmissão de direitos reais entre vivos dependem não

só de instrumento constitutivo ou transmissivo, mas também da sua transcrição ou inscrição no registro de imóveis (CC de

1916, art. 676). Exemplo da segunda hipótese, em que a publicidade não é da substância do ato, mas torna-se indispensável

para validade contra terceiros, encontra-se na venda com reserva de domínio de bens móveis; é ela inoponível a terceiros

adquirentes se o contrato não estiver registrado no registro de títulos e documentos (Lei n. 6.015, de 31-12-1973, art. 129,

n. 5L).

A publicidade se faz principalmente através dos registros públicos, onde se inscrevem ou transcrevem os títulos ou instrumentos constitutivos dos negócios jurídicos (Lei n. 6.015, de 31-12-1973).

139. Efeitos da desobediência à forma prescrita

A desobediência à forma, quando prescrita em lei, acarreta a nulidade do ato jurídico nos termos do art. 166, IV e V, do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...)

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

#266

V - finando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

Assim, por exemplo, o Código Civil de 1916 determinava que a locação de bens imóveis de menores sob tutela só podia ser

efetuada mediante autorização judicial e em hasta pública (art. 427, V). A inobservância dessa forma especial implicava

nulidade que invalidava o ato, conforme já decidiu o Tribunal de São Paulo (RT, 132/80).

O novo Código dispensou tal formalidade, autorizando o tutor a dar em arrendamento os bens de raiz do pupilo, mediante preço conveniente (art. 1.747, V).

Pode ocorrer, todavia, que a lei, em vez de fulminar de nulidade o ato desobediente da forma imposta, comine diversa penalidade.

Neste caso, o ato vale, porém a consequência é outra (CC de 1916, art. 130) que não a referida nulidade. A lei, nesta hipótese, ensina Beviláqua⁷, se diz menos perfeita, sendo perfeita a que não permite que subsista o ato realizado contra o seu edito.

140. Distinção entre as formas "ad solemnitatem" e "ad probationem tantum"

Como já foi anteriormente apontado (z~,.

n. 91 supra), no direito anterior e em alguns sistemas, as formas, conforme sua finalidade, distinguem-se em: formas ad solemnitatem, quando elementar para a existência do ato jurídico, isto é, quando sem elas o ato não se configura; e formas ad probationem tantum, quando o ato, embora ganhe vida sem utilizá-las, não pode ser provado, visto que sua evidência fica condicionada à forma imposta pela lei. Beviláqua^{3,1} censura tal distinção, pois entende que, na sistemática do Código Civil, não há forma somente para a prova dos atos. Estes ou têm uma forma especial exigida por lei, ou se provam pelos meios admitidos em direito.

141. Prova, conceito, utilidade

Prova é o conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato jurídico 311. É matéria fundamental para defesa dos direitos, pois aquele que não pode provar seu direito é como se o não tivesse.

#267

Mister distinguir, antes de dar prosseguimento ao exame da matéria, os atos para os quais a lei estabelece uma forma determinada daqueles de forma livre.

142. Prova dos atos solenes

Dentre os atos solenes, a uns a lei impõe uma forma exclusiva, a outros faculta se recorra a mais de um procedimento.

Assim, enquanto o pacto antenupcial só poderá ser feito por escritura pública, a renúncia de herança poderá ser ultimada quer por escritura pública, quer por termo nos autos.

Tratando-se de ato solene, este só poderá ser provado pela exibição do documento exigido pela lei. Se, por exemplo, tratar-se de pacto antenupcial, o ajuste só ficará evidenciado se exibida for a certidão da escritura pública.

Nas hipóteses de atos que podem aperfeiçoar-se por mais de um meio prescrito em lei, sua prova só poderá ser feita por um daqueles referidos meios. Assim, o reconhecimento de filho só poderá ser evidenciado mediante a certidão do registro de nascimento, ou do testamento, ou da escritura pública, ou de manifestação perante o juiz (CC, art. 1.609).

E, o que é mais sério, o legislador proíbe o juiz de admitir como provado um ato dessa espécie se a prova produzida não consistir no instrumento adequado e prescrito pela lei. É a regra do art. 118 do Código de Processo Civil de 1939, que dizia em sua 2ª parte:

"Art. 118. (...) Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio" "i".

Tal regra esbarra com uma exceção, quando se trata de ato para o qual se exige apenas o instrumento particular, pois a lei permite que a prova do instrumento particular possa suprir-se por outras de caráter legal (CC, art. 221, parágrafo único)".

Mas ela é intransigente quando

#268

se trata de ato dependente de outra solenidade, como, por exemplo, da escritura pública.

143. A escritura pública

A escritura pública é ato em que as partes comparecem perante o oficial público, relatam o seu

propósito negociado e ultimam o ajuste, sendo que todo o ocorrido é anotado pelo tabelião em livro próprio. Uma vez assinado

o ato pelas partes e testemunhas, o tabelião encerra o instrumento, portando por fé que tudo ali relatado representa a verdade.

Como goza ele de fé pública, presume-se que o conteúdo do instrumento seja verdadeiro, até prova em contrário. O art. 215

do Código Civil relaciona os requisitos da escritura pública.

De acordo com a concepção tradicional exigia-se, nas escrituras públicas, a presença de duas testemunhas, embora, no Código

Civil,

Não me parece justa tal observação e antes pretiro interpretar o parágrafo único do art. 135 (atual 227) da seguinte maneira:

atos há que só podem ser constituídos por escrito, sendo o instrumento particular de sua substância, tais o penhor, a fiança,

o contrato de seguro etc. Por conseguinte, tais atos não se aperteiçoam sem que se utilize referida forma.

o parágrafo único do art. 135 (atual 221) não altera tal princípio. Apenas o que ele permite é que os atos, que normalmente

se provariam pela exibição do instrumento particular, possam provar-se por outro modo, quando o instrumento particular que

os constituiu não puder ser produzido. Não pode o juiz aceitar como existente um penhor constituído verbalmente, nem um

contrato de seguro realizado sem escrito, nem uma fiança ultimada sem instrumento adequado. Mas pode admitir como provado

o contrato se ficar evidenciado que este se efetuou na forma prescrita, não se podendo apenas, em virtude de roubo, incêndio

ou outras circunstâncias, produzir o instrumento constitutivo.

Noutros negócios, a prova tem de ser feita por escrito, embora necessariamente o contrato não dependa de forma escrita para

ultimar-se É o caso do depósito voluntário. Embora a lei prescreva que o depósito voluntário só se prova por escrito (CC, art. 646), o escrito não é da substância do ato (cf. Gees Bi-vILAQLA, Código Civil..., cit., obs. 1 ao art. 1.281), de sorte que qualquer prova gráfica é adequada para evidenciar a existência do depósito. o art 646 (antigo 1.281), ao contrário do que pretende CL_dvrs Bt vu.áQL A, não colide com o parágrafo único do art. 221 (antigo 135), porque este fala em instrumento particular, que é apenas espécie do gênero documento escrito, referido no antigo art. 1.281. Portanto, tais dispositivos figuram hipóteses diferentes.

A jurisprudência, valendo-se da opinião de C ô\ i, Bi:vu áQLA, aqui contestada, tem ampliado a estreiteza da regra do antigo art. 1.281, para admitir prova testemunhal no caso de depósito voluntário, ainda que de valor superior ao máximo legal.

Assim tem procedido, no que me parece andar bem, naqueles casos em que é evidente a existência do depósito, o qual, entretanto, não se pode evidenciar por escrito, porque na espécie não é hábito fornecer-se documento escrito. É a hipótese, por exemplo, do depósito de automóveis em garagem, pois nesses casos não se fornece habitualmente recibo ou talão de depósito (RT, 128/540, 143/226). #269

tanto o atual como o anterior, ao contrário do que ocorre em matéria testamentária, não se encontra regra expressa exigindo seja o ato testemunhado. Aliás, nesse sentido há pronunciamento da Corregedoria Geral do Distrito Federal"- nos seguintes termos:

"A escritura pública, no regime do Código Civil e ao contrário do que vigorava quando das Ordenações, não exige, para a sua validade, seja testemunhada. No ato só intervém o notário público e as partes contratantes. Nos testamentos é formalidade essencial a presença e a assinatura de testemunhas (arts. 1.638 e 1.645 do Código Civil). Nas escrituras intervêm duas testemunhas, por ser uma medida aconselhável e em cumprimento a velha praxe. A sua não interferência não constitui nulidade do ato.

No caso em correição, havendo a testemunha B. J. O. deixado de assinar o livro de escrituras, não obstante ter assistido à leitura do respectivo ato, segundo afirmação do Sr. Tabelião do 3º Ofício de Notas, mando que seja sanada a irregularidade".

Na prática os tabeliães, seguindo a velha praxe, declaravam que o ato tinha sido presenciado pelas testemunhas "abaixo nomeadas e assinadas", do que davam fé, sendo certo que na maioria das vezes tais testemunhas não tinham presenciado a leitura do instrumento, pois no geral eram dois funcionários do cartório, cujas firmas eram colhidas ao depois.

Encontram-se vários julgados afirmando que o fato de as testemunhas mencionadas no ato não terem ouvido sua leitura não invalidava o instrumento (cf. Apelação Cível n. 18.191 / 1 de São Paulo).

O art. 215 do Código Civil, ao caracterizar a escritura, entre os requisitos de validade de tal ato não reclama a presença de testemunhas, a não ser quando algum dos comparecentes não for conhecido do Tabelião, nem puder identificar-se por documento. Em tal hipótese deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade ' .

#170

Enquanto para determinados atos a lei impõe a forma solene da escritura pública, para outros permite que as partes ajustem só valer o negócio se feito por esse instrumento. Tal convenção recebe o beneplácito da lei, não se aperfeiçoando o negócio se não for utilizada referida forma. É a regra do art. 109 do Código Civil. Trata-se de negócios que, ordinariamente, independem da forma solene da escritura pública. Todavia as partes por sua conveniência é que livremente estipulam que o mero consentimento não as vincula, mister se fazendo a solenidade ajustada. Portanto tal manifestação de vontade gera efeitos, e o negócio só se valida se concluído por essa forma. Nestes casos, como já insisti, a prova do negócio se faz exclusivamente através da certidão da escritura pública.

144. O instrumento particular

Instrumento particular é o escrito feito e assinado, ou somente assinado, por quem se ache na livre disposição e administração de seus bens 171.

Quando tal instrumento vem assinado por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor (CC, art.

221). Todavia, mesmo sem a presença de tais testemunhas, o documento

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da idoneidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais compareceres, com a indicação,

quando necessário, do regime de bens do casamento, número de filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; VI - declaração de ter sido

lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

vii assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a qual copo.

§ 3-º A escritura será redigida na língua nacional.

§ dº Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se escreve,

deverá comparecer tradutor público para ser ir de interprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que,

a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 3º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

#271

vincula e faz prova contra seus signatários, pois a lei presume, em relação a eles, a veracidade das declarações aí constantes.

Nesse sentido multiplicam-se os julgados (RT, 112/643-114/693-125/ 523-125/565).

Os efeitos do negócio assim realizado, entretanto, não operam em relação a terceiros, antes de registrado o instrumento

no registro de títulos e documentos (CC, art. 221). Tal registro tem por escopo não só autenticar o documento e fixar sua

data", mas também dar ciência a terceiros da existência do negócio. Assim, por exemplo, no contrato de compra e venda de

móveis a prestação é ineficaz em relação a terceiros, se não estiver devidamente registrado (Arq. Jud., 93/67)3".

145. A prova dos atos de forma livre

Dispõe o Código Civil, em seu art. 212, que os atos a que não se impõe forma especial poderão provar-se mediante:

I - Confissão;

II- documento; III- testemunha; IV - presunção; V - perícia.

Tal relação é exemplificativa, pois outros modos de prova podem existir ou ser descobertos, capazes de proporcionar a evidência

necessária, e que decerto não serão repelidos judicialmente apenas por não figurarem na relação acima. Vejamos, entretanto,

cada uma das espécies mencionadas.

I- Confissão. A confissão é, na definição de Paula Baptista, cita

da por Beviláqua 3,77, o ato pelo qual uma das partes afirma o que a

#272

outra alega. Versa sempre questão de fato; e dentro desse limite é a rainha das provas.

Com efeito, seu valor probante é incontestável, embora se entenda que nalguns casos possa variar de intensidade. De fato,

distinguindo-se a confissão em judicial e extrajudicial (Código Civil francês, arts. 1.354 e 1.356), aquela tem um valor

probante maior, pois supõe uma reflexão mais profunda do confitente, e maiores garantias de expressão a assegurar sua veracidade

171.

A confissão pode ser expressa ou presumida (também chamada ilícita ou ficta). É expressa quando provém da deliberação do

confitente, traduzida por palavras ou por escrito; é presumida ou ficta quando a lei a supõe, em virtude de um comportamento

determinado do litigante. Assim, se o réu não se defende na lide, o fato alegado por seu contendor será admitido como verídico,

desde que o contrário não resulte do conjunto das provas; da mesma forma, se, intimado a prestar seu depoimento pessoal,

o litigante não comparece ou se recusa a depor, será havido por confesso, presumindo-se verdadeiros os fatos contra ele

alegados, desde que verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos.

A confissão será válida ainda que feita por mandatário, contanto que este seja portador de poderes especiais; de qualquer modo, ela só opera contra quem a fez, isto é, não beneficia o confitente nem prejudica seus litisconsortes ou terceiros³³⁰.

Discute-se ainda se a confissão é divisível ou indivisível. O Regulamento n. 737, de 1850, estatuiu, em seu art. 156, que ela é indivisível, não podendo ser em parte aceita e em parte rejeitada, se outra prova não houver.

Vale dizer que a indivisibilidade da confissão pode ser ilidida se segmentos dela se provarem mentirosos. Em outras palavras, se o confitente responde afirmativamente a uns quesitos e negativamente a

#273
outros, a confissão não pode ser dividida, devendo ser acolhida em seu todo; mas, se os pontos negados se provam por outros meios admitidos em direito, pode-se aceitar a confissão apenas nos pontos restantes".
II- Documento. O Código de 1916, no art. 136, arrolava entre os meios de prova dos atos de forma livre os atos praticados em juízo (inc. 11) e os documentos públicos ou particulares (inc 111). O novo Código Civil substituiu essas duas espécies pelo gênero documento, que, além de abranger aquelas duas, abrange qualquer espécie de escrito que venha a evidenciar uma relação jurídica.

Volto um pouco ao passado para reproduzir meu texto, escrito na vigência da lei anterior. Atos processados em juízo. São aqueles atos que já foram objeto de processo e pronunciamento judicial. Entre eles se destaca o caso julgado.

Aqui se propõe o problema da prova emprestada. Comum é o oferecimento, em um processo, de provas produzidas em outro, tais como depoimentos de testemunhas, dos litigantes, exames etc É a prova "que já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão", na definição de Bentham, transcrita por Moacyr Amaral Santos`.

Tal prova tem, quando mais não seja, o valor de argumento e servirá de subsídio na formação do convencimento do juiz".

Ela adquire um valor mais relevante quando o outro processo, de onde foi tirada, correu entre as mesmas partes"; mas, mesmo neste caso, a prova deve ser recebida com cautela, dado o princípio da identidade física do juiz, que informa a lei adjetiva pátria

Documentos públicos ou particulares. O termo documento, aqui utilizado, não se confunde com o vocábulo instrumento, pois o primeiro é

#274
gênero do qual o segundo é espécie. De fato, enquanto o instrumento é o elemento criador do ato, quer por ser de sua substância, quer por representar prova pré-constituída de sua existência, a palavra documento é mais abrangente, pois, além de conotar

aquele primeiro sentido, invoca a idéia de qualquer papel útil para evidenciar um negócio jurídico.

Os documentos podem emanar da autoridade pública, tais como as mensagens, as proclamações, os tratados, as portarias e os avisos de ministros. Nestes casos são chamados documentos públicos. Podese, por exemplo, necessitar demonstrar uma circunstância que figure num tratado, ou uma condição pessoal que decorra de uma portaria ou de um decreto de nomeação. As certidões de documentos públicos, ou de documentos lançados em registros públicos, têm a mesma força probante dos originais.

Documentos particulares são os emanados da atividade privada, tais como as cartas, os telegramas particulares, os bilhetes, os memorandos etc.".

Os documentos escritos em língua estrangeira só produzirão efeitos no Brasil depois de traduzidos por tradutor público juramentado e devidamente legalizados (CC, art. 224).

III - Testemunhas. São as pessoas que asseguram a verdade de um ato ou fato alegado. Elas são instrumentárias, quando se pronunciam sobre o conteúdo do instrumento que subscrevem; e judiciárias, quando depõem em Juízo.

As instrumentárias são em número variável, conforme a espécie de ato que atendam. As judiciárias, segundo o art. 407, parágrafo único, do Código de Processo Civil, em caso nenhum excederão o número de dez para cada uma das partes (o que parece uma restrição injustificável ao direito dos litigantes).

São conhecidas as críticas ao valor da prova testemunhal, por muitos tida como extremamente precária. De fato, a imperfeição humana, as deficiências e paixões do homem tornam defeituosa essa espécie de prova, e não raro ocorre que o mesmo fato, presenciado por várias pessoas de boa-fé, é por cada qual relatado de maneira diferente. Não obstante, a despeito dos defeitos que apresenta, a prova testemunhal figura entre as mais usadas na vida forense.

#275

Mas, por se revestir de tais vícios, ou, quem sabe, pela facilidade com que se pode forjá-la, a lei restringe a eficácia da prova exclusivamente testemunhal e só a permite, salvo os casos expressos, em contratos de valor inferior ao fixado por lei. Assim, não é possível se provar um compromisso de compra e venda de valor superior à taxa legal apenas por testemunhas (RT, 168 / 254).

Verdade que, havendo começo de prova por escrito, pode-se complementá-la por testemunhas, qualquer que seja o valor do contrato.

Assim, por exemplo, o vale não é documento adequado à cobrança de dívida nem representa título escoireito de crédito, mas serve como começo de prova escrita e pode justificar a procedência da ação, se seu conteúdo for confirmado por prova testemunhal e por outros indícios (cf. apelação, RT, 178 / 792, confirmado em embargos por julgado, RT, 179 / 750). Da mesma forma,

admite-se a prova testemunhal como subsidiária de prova escrita, em contrato de qualquer valor, tal como o referente à entrega de maquinismo".

A restrição apontada na lei, entretanto, refere-se apenas às obrigações convencionais. O art. 227 do Código Civil é explícito ao afirmar:

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Donde a afirmativa de que, no direito pátrio, a regra é a admissibilidade da prova testemunhal insulada para a demonstração de fatos de qualquer natureza, excetuada, bem de ver, a hipótese dos contratos, em que se veda sua exclusividade, se superior à taxa legal". Assim, os fatos não convencionais, de qualquer natureza, mesmo que deles resultem conseqüências obrigacionais que importem valor excedente à taxa legal, podem ser evidenciados através de testemunhas.

#276
Problema interessante é o de saber se uma só testemunha pode fazer prova, e a solução tradicional (embora sempre encontrando opositores) firmou-se no sentido contrário, isto é, de acordo com a máxima segundo a qual testas unos, testas millus.

Tal preceito perde de certo modo sua eficácia em regimes como o nosso, em que o juiz pode livremente formar sua convicção (CPC, art. 131). Excepcionalmente poderá uma só testemunha provocar o convencimento do juiz, quando se tratar de testemunha idônea, coerente, verossímil, que tenha conhecimento direto dos fatos, os quais se amoldem aos outros elementos dos autos".

Neste sentido, a extensa e erudita lição de Moacyr Amaral Santos".

A lei proíbe algumas pessoas de servirem como testemunhas. Falo, quer por questão de incapacidade, como no caso dos amentais, dos menores impúberes e dos cegos e surdos quando a ciência do fato que se quer provar depende do sentido de que carecem; quer por falta de legitimação, quando se trata de pessoa interessada no objeto do litígio, ou de parente ou cônjuge dos litigantes (CC, art. 228). A razão é óbvia.

Arrolada uma testemunha inidônea ou impedida, o interessado pode contraditá-la, tomando o juiz por termo a contradita. Verificada a procedência desta, o magistrado não tomará o depoimento de referida testemunha (CPC, art. 414, § 1º).

Abre-se exceção expressa para os ascendentes quando se trata de questão versando o nascimento ou óbito de seus filhos.

A jurisprudência tem, entretanto, admitido o depoimento de parentes, de criados e mesmo de amigos íntimos, em matéria de desquite, pois tais pessoas são, no mais das vezes, as que melhor conhecem a situação de fato peculiar à demanda`.

#277

A testemunha não poderá recusar-se a depor. Ela funciona como auxiliar da justiça e o relato do que sabe facilita a tarefa de distribuí-la. Entretanto, não pode ser compelida a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo (CC, art. 229).

O Código de Processo Civil de 1939 (art. 241) ampliou a regra, dispondo que ninguém pode ser obrigado a depor sobre questões a que não possa responder sem desonra própria, ou de seu cônjuge, ou de parente em grau sucessível, ou de amigo íntimo, ou expô-los a perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato".

A obrigação de guardar segredo profissional representa uma garantia para as partes, tão bem quanto para o profissional.

Sem a segurança de que seus problemas não seriam relatados, pessoa nenhuma havia de confiá-los a terceiros, ainda que disso dependesse a sua defesa ou a defesa de sua saúde. Da mesma forma, o profissional não poderia contar com os elementos necessários para realizar sua tarefa.

#278

Ou ainda: observando-se o que habitualmente ocorre (giiod plerumque fit), verifica-se que nas empreitadas realizadas por partes distintas, ou nas que se determinam por medida, o dono da obra ordinariamente paga a prestação devida somente após medir, conferir e verificar o trabalho realizado. Este é o fato conhecido. Partindo dele, presume o legislador que, se o empreiteiro já foi pago de parte da obra, é porque ela já foi verificada e julgada satisfatória (CC, art. 614, § 1º). O

fato da verificação é desconhecido, contestado e ainda não foi provado. O litígio surgiu mesmo a propósito da medida entregue ou da qualidade do produto, que o dono reclama não atender ao ajustado - fato que o empreiteiro contesta e nenhum dos dois prova. Apenas, como se sabe que houve pagamento parcial, presume-se que, antes de receber a encomenda, o autor a conferiu.

As presunções ou decorrem da lei e chamam-se legais, ou advêm de circunstâncias da vida, daquilo que habitualmente acontece, e então chamam-se presunções hominis ou presunções comuns. Por exemplo, presume-se que todos os homens amam os filhos e que, todas as coisas permanecendo iguais, procuram defendê-los. Isso é o que habitualmente acontece, o que a experiência da vida está a demonstrar.

As presunções legais encontram-se na lei. Elas se dividem em duas espécies. Nalguns casos, a lei presume um fato, sem permitir que se prove o contrário. São as presunções irrefragáveis, ou seja, as presunções chamadas juris et de jure. Assim, por exemplo, a lei presume que todos a conheçam, e não admite prova em contrário; presume também que a coisa julgada seja verdadeira, res judicata pro veritate habetur, e não admite prova em contrário. Talvez a sentença haja acolhido a solução errada, ou admitido a prova falsa; não obstante, a lei a presume, irrefragavelmente, verdadeira.

Noutros casos, presumindo determinada circunstância, permite a lei, não obstante, a prova em contrário. Tem-se, então, a presunção juris tantum. É o caso do primeiro exemplo mencionado neste item. Embora presuma que a posse do título de crédito pelo devedor signifique ter havido pagamento ou remissão da dívida, faculta a lei, ao credor, a prova de que não houve resgate.

Outro exemplo: o Código de 1916 presumia pertencer o direito real à pessoa em cujo nome estava

#279

inscrito (art. 859) mas possibilitava aos interessados a prova em contrário (art. 860). O novo Código não repetiu esses

preceitos por serem óbvios. Mas a presunção, que não mais consta da lei, continua prevalecendo, pois é o quod plerumque

accidit. Presume-se do marido o filho havido pela mulher casada durante a vigência da sociedade conjugal, mas a lei permite

ao marido contestar a paternidade, provando uma das circunstâncias mencionadas na lei.

A presunção juris tantum tem por efeito reverter o ônus da prova. Ordinariamente tal ônus compete ao autor da ação, auctor

incumbit probatio. Todavia, se a lei presume um fato, tal regra se altera e o ônus da prova transfere-se para o réu, que

deverá demonstrar não ser verdadeira a alegação de seu contendor. Assim, por exemplo, a lei presume as estradas de ferro

culpadas pelos desastres que em suas linhas sucedam aos viajantes, e dos quais resulte morte, ferimento ou lesão corpórea

(Dec. n. 2.681, de 7-12-1912, art. 17). Permite, todavia, que as mesmas estradas ilidam a responsabilidade, provando que

o acidente resultou do fortuito ou da culpa exclusiva do viajante. Observa-se a inversão do ônus da prova: ordinariamente

a vítima do dano deve provar a culpa do agente que o causou, a fim de obter a reparação do prejuízo sofrido. Todavia, no

caso apontado, como a lei presume tal culpa, reverte-se o ônus da prova e, assim sendo, compete ao agente provar sua não-culpa,

quer mostrando a ocorrência de força maior, quer evidenciando a exclusiva negligência ou imprudência da vítima.

V - Perícia. O Código de 1916 usava a locução "exames e vistorias", que o novo Código substituiu pelo vocábulo "perícia",

de maior amplitude. Aquele diploma, entre os meios de prova dos atos não solenes, mencionava o "arbitramento", que o Código

de 2002 não repete.

Exames e vistorias. Exame é a apreciação de alguma coisa por meio de peritos para esclarecimento do juiz. Assim, por exemplo,

o exame de sangue, nas ações de investigação de paternidade, ou exame médico, nas interdições. Vistoria, como o nome revela,

é o exame que depende de inspeção ocular'. Proceda-se à vistoria para apurar o estado de uma coisa.

Dentre as medidas preventivas, a lei inclui a vistoria ad perpetuam rei memoriam. Trata-se de verificação, por meio de perícia,

#280

de um estado transitório da coisa, a fim de fixá-lo como provado, ad perpetuam memoriam. Assim, por exemplo, figure-se que o inquilino que se comprometera a deixar o prédio no estado em que o recebeu o abandone em ruínas. A ação de reparação do dano levará longo tempo, exigindo, por conseguinte, que se mantenha a coisa no estado em que foi deixada, para provar-se o montante do prejuízo. Isso não convém ao senhorio, que necessita reformar o prédio para realugá-lo. Requer então que, ciente a outra parte, seja o prédio vistoriado, para que de imediato se apure o seu estado ficando desde logo a prova constituída, para perpétua memória (CPC, art. 676, VI).

Arbitramento. É o exame que peritos fazem de alguma coisa, para determinar-lhe o valor ou estimar em dinheiro a obrigação a ela ligada. Assim, por exemplo, nas vendas com reserva de domínio, se o comprador deixa de pagar o saldo do preço, pode o vendedor reintegrar-se na posse da coisa vendida. Mas tal procedimento poderia envolver um enriquecimento sem causa por parte deste, de sorte que a lei impõe que, do preço pago, seja devolvida ao adquirente a importância excedente à desvalorização sofrida pelo bem em questão, mais as despesas comprovadas. Ora, para apurar a desvalorização sofrida pelo objeto vendido, procede-se à vistoria e ao arbitramento.

Outros meios de prova. Os meios mecânicos. Disse acima que a relação do art. 212, lá referida, é meramente exemplificativa, pois outros modos de prova podem existir ou vir a ser descobertos e certamente serão admitidos na justiça. Tal matéria, suscetível de dúvida na vigência do Código de Processo de 1939, que admitia em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais, hoje não mais justificaria a controvérsia, em face do art. 332 do Código de 1973, que declara:

"Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Portanto, a admissão de outros meios de prova, que não os referidos no art. 212 do Código Civil, fica na dependência de serem moralmente

281

legítimos. Aliás, o art. 5-º, LUI, da Constituição de 5 de outubro de 1988 declara:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Uma questão que tem surgido amiúde nos pretórios é a da possível admissão de meios mecânicos, principalmente o das gravações reproduzindo conversas ou declarações, feitas por meio de telefones ou mesmo de programas radiofônicos, apresentados no juízo civil ou criminal.

Será admissível, como prova de infidelidade conjugal, a gravação de fita magnética em que a mulher combina um encontro com seu indigitado amante e confessa a existência de outros anteriores? Será válido, para prova das possibilidades do alimentante,

a gravação de fita, onde este a reconhece? Será admissível, para prova da efetiva vontade dos contratantes, a gravação das tratativas que precederam a assinatura dos contratos?

Dezenas de hipóteses poderiam ser formuladas em que, provada a autenticidade da voz do declarante, seria inescusável a demonstração de um fato que decorreria da própria declaração de quem a externou. Seriam elas aceitáveis em juízo?

A meu ver e diante do que diz o art. 332 do Código de Processo, tais gravações devem ser admitidas se tiverem sido obtidas de maneira incensurável, ou seja, pelos meios moralmente lícitos. Assim, em um exemplo extremo, se as gravações das tratativas foram admitidas por ambos os contratantes, justamente para provar as verdadeiras intenções das partes na elaboração do contrato, parece ser irrestrita sua utilização no litígio entre aqueles. Em pólo exatamente oposto, se uma das partes, ou mesmo o

Estado, ordena o "grampeamento" clandestino do telefone de seu adversário ou do suspeito para, por intermédio de suas conversas, descobrir suas confissões feitas a terceiros, a seu advogado, parece-me dever tal evidência ter seu acesso barrado nos autos.

A jurisprudência não é firme em um ou outro sentido, havendo decisões que repelem esses processos mais modernos e outras que os admitem. Parece-me ser torrencial a tendência no sentido de repelir tal prova quando é colhida clandestinamente, mediante invasão ilícita da privacidade da parte contrária, cf. art. 5--', XII, da Constituição de 1988. Nesse sentido pronunciamento do Supremo Tribunal (RTJ, 84/ 609), com a seguinte ementa:

#282

"A gravação magnética, feita clandestinamente, de ligações telefônicas, não é meio legal, nem moralmente legítimo".

Sustentando tese semelhante, embora examinada a questão sob o ângulo oposto, ou seja, o da validade da prova representada por gravação magnética, desde que não obtida clandestinamente, acórdão do Tribunal do Paraná (RT, 603/178). Mais amplo ainda é o aresto do Tribunal de São Paulo, que admitiu a prova por meio de fita magnética em que ficara gravada, sem a ciência de um dos interlocutores, conversa de alta importância para decisão do litígio (RT, 590/66). As reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos, ou de coisas, fazem prova plena destes se a parte, contra quem foram exibidos, não lhes impugnar a exatidão, como proclama o art. 225 do Código Civil.

Todavia quero ir mais longe, seguindo um rumo que me parece ser o da jurisprudência, ou seja, desde que a prova obtida mediante meios mecânicos o tenha sido de maneira lícita, ou seja, desde que represente um meio moralmente legítimo, deve ser ela admitida, ainda que a parte contra quem foi exibida lhe impugne a exatidão. A perícia pode neutralizar a impugnação do interessado.

#283

CAPÍTULO VII DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

SUMÁRIO:

- 146. Nota introdutória ao capítulo da invalidade do negócio jurídico.
- 147. Conceito.
- 148. Distinção entre nulidade relativa e absoluta: A) quanto aos efeitos; B) quanto à pessoa que as pode alegar; C) quanto à ratificação; D) quanto à prescritibilidade.
- 149. O problema da inexistência.
- 150. Casos de nulidade absoluta.
- 151. A simulação. Conceito e hipóteses.
- 152. Casos de anulabilidade.
- 153. Proteção ao menor púbere.
- 154. Exceções à regra de proteção ao menor púbere.
- 155. A nulidade parcial.
- 156. Efeitos da nulidade.

146. Nota introdutória ao capítulo da invalidada do negócio jurídico
Uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código de 2002, no quadro das nulidades, foi a retirada dos atos simulados do campo das nulidades relativas para o quadro dos atos nulos. Com efeito o Código novo, em seu art. 167, proclamou ser nulo o negócio jurídico simulado, subsistindo, entretanto, o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. Aliás, essa solução se encontrava no § 117 do Código Civil alemão.
Este livro reproduzirá, com as modificações necessárias, o texto das edições anteriores, após haver transferido a matéria, antes no capítulo "Dos defeitos do ato jurídico", para o "Da invalidada do negócio jurídico".

147. Conceito

Vimos que o negócio jurídico é o ato de vontade que, por se conformar com os mandamentos da lei e a vocação do ordenamento jurídico, confere ao agente os efeitos por ele almejados. Assim, se a manifestação volitiva provier de agente capaz, tiver objeto lícito e obedecer à forma prescrita em lei, gera ela os efeitos queridos pelas partes e alcança a proteção do Poder Público.

#284

Dessa asserção decorre que, se, pelo contrário, o ato vem inquinado de algum defeito, se desatende ao mandamento legal ou se divorcia da finalidade social que o deve inspirar, deixa de produzir os efeitos almejados pelas partes, pois ou não adquire validade, ou pode ser declarado ineficaz.
A eficácia jurídica da vontade individual só é garantida pelo direito se e enquanto são observados os preceitos da lei`;

se estes não são seguidos, aquela não se alcança e o ato pode ser proclamado sem efeito. Daí me parece bastante adequada, a despeito das críticas que provocou, a definição de Beviláqua, quando ensina que a nulidade é a declaração legal de que determinados atos não se prendem os efeitos jurídicos, normalmente produzidos por atos semelhantes³ 1.

De modo que, se o agente proceder de acordo com os preceitos legais, o ato será válido, e se alcançarão os efeitos desejados; caso contrário, não. Vejamos exemplo em matéria de casamento. Se os contraentes são capazes e se submetem aos preceitos da lei, seu consórcio gera todos os efeitos por eles almejados, isto é, entrada em vigor do regime de bens, estabelecimento de deveres e direitos recíprocos entre os cônjuges etc. Mas, se houver infração de um impedimento dirimente, o casamento é nulo ou anulável, e aqueles efeitos desejados não são deferidos.

Se alguém deseja comprar bem imóvel de valor superior ao fixado na lei e obedece a todos os preceitos legais, o contrato dá-lhe a prerrogativa de transcrever o título no Registro de Imóveis, adquirindo, assim, o domínio. Mas se, em vez de recorrer à escritura pública, da substância do ato, lança mão de outra forma, a avença não gera qualquer efeito, pois o negócio é nulo.

A nulidade, portanto, consiste apenas nisso, ou seja, no reconhecimento da existência de um vício que impede um ato de ter existência legal, ou de produzir efeito".

148. Distinção entre nulidade relativa e absoluta: A) quanto aos efeitos; B) quanto à pessoa que as pode alegar, C) quanto à ratificação, D) quanto à prescritibilidade.

#285

A lei distingue os atos nulos dos meramente anuláveis, criando regimes diferentes para cada espécie

4111.

Alguns atos vêm inquinados de defeitos irremediáveis, pois lhes falta um elemento substancial para que o negócio ganhe validade.

Assim, o consentimento de uma das partes, se se tratar de absolutamente incapaz; ou a desobediência de forma prescrita em lei. Nas duas hipóteses, há um agravo à própria ordenação jurídica, que não pode permitir a sobrevivência de um negócio de tal modo defeituoso.

De fato preceitos há que são de ordem pública, pois interessam diretamente à sociedade.

São regras ligadas à organização

política, social e econômica do Estado, de modo que a infringência a um preceito dessa natureza representa ofensa direta

à estabilidade, senão à estrutura da comunidade. Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que

machuca a idéia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado; por conseguinte, a própria sociedade

reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou. Noutras hipóteses, o legislador tem por escopo proteger determinadas pessoas, que se encontram em dadas situações, tal como o menor púbere ou, ainda, o que consentiu inspirado num erro, induzido pelo dolo, forçado pela coação ou ludibriado pela fraude. Nesses casos, não houve ofensa direta a um interesse social, mas é possível que tenha resultado prejuízo para aquela pessoa que o ordenamento jurídico quer proteger. Em tais hipóteses, o legislador permite que o interessado, se quiser, promova a anulação do ato que o prejudica. Não é a sociedade que reage contra tal ato; ela apenas concede ao prejudicado a prerrogativa de reagir, se lhe aprouver. Se, porém, ele se conformar com os efeitos do ato defeituoso, tal circunstância é indiferente à ordenação jurídica, que desde então atribui validade ao ato assim ratificado⁴⁰.

#286

De sorte que existe uma diferença não apenas de grau, mas de natureza, entre o ato nulo e o ato anulável.

Tal diferença se precisa quando são examinados os seguintes itens: n) os efeitos gerados por cada uma das nulidades; b)

as pessoas que as podem alegar; c) a possibilidade de ratificação, só admissível nos casos de anulabilidade; d) a possibilidade ou não de as ações anulatórias prescreverem.

A) Quanto nos efeitos - O ato nulo não produz qualquer efeito, pois *quod nullum est, nullum producit effectum*. Essa asserção, pelo menos teoricamente valedora, encontra raras exceções, como, por exemplo, no caso do casamento putativo. Contrariamente, o ato anulável produz todos os efeitos até ser julgado tal por sentença.

Aliás, essa diversidade de efeitos decorre da já apontada diferença de natureza de cada qual. Se o ato nulo vem inquinado dum vício que fere a sociedade, esta não pode transigir com a sua sobrevivência e, portanto, nega-lhe todo efeito. Por outro lado, como a destruição do ato anulável só interessa ao particular, o negócio opera normalmente até a data da sentença, e continuará operando indefinidamente, caso o interessado não provoque a declaração de ineficácia.

De modo que, comparando as duas espécies, vê-se que a nulidade é automática, pois emana da vontade do legislador, enquanto

a anulabilidade depende de sentença e emana da vontade do juiz, a pedido do prejudicado.

De certa maneira poder-se-ia dizer

que a sentença que proclama a nulidade absoluta é declaratória, enquanto o julgado que afirma a nulidade relativa é constitutivo.

Enquanto a nulidade relativa pode convalescer, se as partes assim o quiserem, a nulidade absoluta jamais se cura, vedado

que fica

#287

ao juiz supri-la, ainda a requerimento das partes (CC, art. 168, parágrafo único, *in fine*). A razão é sempre a mesma, ou seja, enquanto aquela interessa apenas às partes concordantes, esta diz respeito ao interesse da sociedade, com o qual é

vedado transigir. Assim, não pode o juiz fugir à decretação da nulidade de um casamento em que um dos cônjuges já era casado, ainda que ambos assim o queiram, dispondo-se a olvidar tal circunstância. Finalmente, enquanto os efeitos da sentença decretadora de nulidade absoluta operam erga omnes, os efeitos do julgado em que se reconhece uma nulidade relativa aproveitam exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade (CC de 1916, art. 152, 2ª parte).

B) Quanto à pessoa que as pode alegar - O ato anulável só pode ser alegado pelos interessados, enquanto a nulidade absoluta pode ser argüida não só por qualquer interessado, como também pelo Ministério Público, devendo, ademais, ser pronunciada pelo juiz, quando a encontrar provada.

Ainda aqui a regra decorre do mesmo princípio referido. Como os casos de anulabilidade se inspiram no intuito de proteger os relativamente incapazes, ou os que concordaram movidos por vícios de consentimento, ou os que foram ludibriados pela fraude, só estes apresentam legitimação ativa para intentar a ação anulatória, pois ninguém mais tem interesse na lide.

De maneira que só estes podem pleitear a anulação.

Entretanto, se a hipótese é de nulidade absoluta, como ela representa um agravo à ordem pública, não só os diretamente prejudicados podem alegá-la, como igualmente pode fazê-lo o representante da sociedade, que é o Ministério Público. Ademais, tratando-se de um defeito de tal modo grave, impõe o ordenamento jurídico, e na defesa de seu próprio interesse, que o juiz decrete a nulidade desde que conheça do ato ou dos seus efeitos, e a encontre provada (CC, art. 168, parágrafo único). Assim, por exemplo, se lhe for submetido um testamento da lavra de um menor de 16 anos, deve ele de pronto decretar sua nulidade, negando-lhe qualquer efeito.

C) Quanto à ratificação - O ato anulável é suscetível de ser ratificado, enquanto o ato nulo não admite ratificação.

#288

Ratificação é a renúncia ao direito de promover a anulação do ato. Ela advém da vontade do prejudicado e, portanto, só se admite nos casos de anulabilidade. Como os atos absolutamente nulos representam ameaça à ordem social, torna-se impossível purgar o defeito,

ainda que as partes o desejem, pois *jus publiculu privatorum pactis derogare non potest*, ou seja, as normas de ordem pública não podem ser ilididas por ajuste entre os particulares.

Assim, se no negócio atuou um menor impúbere e não seu representante, o ato é nulo, não podendo sobreviver ainda que, após sua maioridade, se disponha a fazer boa a convenção anterior. Se quiserem as partes efetuar igual negócio terão de começar tudo de novo, como se o primeiro ajuste inexistisse!

Não se pode, entretanto, ratificar ato anulável se daí decorrer prejuízo para terceiro. A ratificação deve conter a substância da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la", ou seja, as partes devem, usando forma prescrita para o negócio, mencionar a causa da anulabilidade do ato anterior, declarando sua disposição de ratificá-lo. Beviláqua"" cuida dispensável a menção ao defeito que se procura sanar, exigência que a lei brasileira, diferentemente da francesa, não reclama.

#289

Todavia, como o conceito de ratificação envolve a idéia de confirmação de um ato que se sabe infirme, parece-me que a melhor maneira de se revelar tal propósito é mediante a expressa referência ao defeito que se quer expurgar.

Verdade que, concebendo a lei uma ratificação tácita, não se pode manter um excessivo rigor no que concerne aos requisitos da ratificação expressa.

A lei, com efeito, admite, ao lado da ratificação expressa alcançada pela declaração das partes, uma ratificação tácita que se caracteriza pelo cumprimento parcial da prestação, feita pelo devedor, consciente do vício que inquinava o ato. Exemplo se encontra em julgado do Tribunal de São Paulo, onde se diz:

"Se a interessada, depois de completar a maioridade, continuou a cumprir contrato de arrendamento anulável, recebendo sem protesto o aluguel, nele estipulado, e assinando os respectivos recibos, ocorreu de sua parte ratificação inequívoca do contrato" (RT, 124/537).

Existe ainda uma ratificação não expressa, que decorre da lei e que se opera pela prescrição. Se o titular da ação anulatória não a exerce no prazo adequado, perde o direito de desfazer o negócio, que assim sobrevive como se jamais houvesse apresentado qualquer defeito. Se aquele que consentiu inspirado num erro substancial não promove a ação de anulação dentro do prazo de quatro anos, age como se quisesse ver o negócio ratificado, pois concorda em perder a legitimação para juridicamente destruí-lo. Tal é especificamente o efeito da ratificação expressa ou tácita (CC, art. 175). A ratificação, obviamente, retroage à data do negócio, pois, uma vez_ aperfeiçoada aquela, este se considera expungido, desde sua feitura, de qualquer defeito.

D) Quanto à prescritibilidade - Enquanto o ato nulo é imprescritível, a ação anulatória está sujeita à prescrição.

Essa matéria é controvertida, havendo muitos escritores a sustentar que a ação de nulidade absoluta prescreve no prazo determinado pelo art. 205 do Código Civil. Os irmãos Mazeaud⁴⁰, escrevendo

#290

sobre a matéria na França, apontam a orientação da jurisprudência no sentido de admitir a prescritibilidade, em trinta anos, das ações de nulidade absoluta, a fim de incitar as pessoas que têm direitos a fazêlos valer num prazo definido.

Tal idéia talvez seja verdadeira no sistema francês, em que o art. 2.262 do Código Napoleônico preceitua que "todas as ações prescrevem em 30 anos", mas não entre nós, onde tal regra inexistente. A prescrição dos atos anuláveis equivale a uma ratificação presumida. Ora, os atos nulos são irratificáveis, portanto, a meu ver, imprescritíveis¹⁰¹.

149. O problema da inexistência

Completando o campo das nulidades surgiu na doutrina, paralelamente ao conceito de ato nulo ou anulável, a noção de ato inexistente, o qual seria o negócio que não reúne os elementos de fato que sua natureza ou seu objeto supõem, e sem os quais é impossível conceber sua própria existência⁴⁰¹. A idéia surgiu na doutrina francesa, com a obra de Zacarias, e apareceu para solucionar um problema que se propunha de maneira relevante em matéria de casamento. Neste campo, e para manter a estabilidade do matrimônio, a doutrina apregoa e a jurisprudência acolhe o preceito de que não há nulidade virtual, ou seja, todas as eventuais nulidades do casamento devem constar expressamente da lei. Pas de nullité saras texto! Casos aparecem, entretanto, em que, embora não se encontre texto de lei, é inconcebível o casamento. Assim, por exemplo, a hipótese de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. Embora a lei silencie sobre tal nulidade, é evidente que esse conúbio não pode sobreviver, pois é do próprio conceito de #291 matrimônio ser ele a reunião de pessoas de sexo diverso. O mesmo ocorre em caso de casamento celebrado por pessoa absolutamente incompetente, ou quando inoportunamente celebrado; ou ainda naquele em que as partes não manifestaram sua concordância. Nessas três hipóteses, em que falta um elemento substancial para a perfeição do ato, e nas quais a lei é silente sobre a questão da nulidade, diz-se que o casamento é inexistente. A admissão da idéia de inexistência envolve dois corolários extremamente importantes. O primeiro consiste em que, ao contrário do ato nulo, em que mister se faz a declaração judicial de sua ineficácia, o ato inexistente independe de ação judicial para perder qualquer efeito, pois, se ele nem sequer existe, não se faz necessário, naturalmente, destruí-lo. O segundo corolário diz respeito à prescrição, pois, mesmo para aqueles que sustentam a prescritibilidade das ações de nulidade absoluta, o ato inexistente não convalesce nunca, por maior que seja o transcurso do tempo. E, em matéria de casamento, ainda, para os partidários da teoria da inexistência, uma ponderável consequência deve ser apontada. É que, enquanto o casamento nulo pode ser considerado putativo (CC, art. 1.561), o casamento inexistente, por isso mesmo que jamais existiu, não pode gerar qualquer efeito, a despeito da boa-fé do cônjuge. A idéia de ato inexistente, ultrapassando o quadro do direito matrimonial, alcançou grande êxito, ao ser acolhida pela maioria dos escritores". Não são poucos, porém, os que a condenam, por achá-la inexata, inútil e inconveniente.

Seria inexata porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial.

A compra e venda, devidamente transcrita, transfere o domínio, ainda que falte o consenso de uma das partes; por conseguinte, necessário se faz a declaração de ineficácia para que o ato não produza efeitos. O casamento celebrado por pessoa incompetente, registrado em livro próprio, cria uma aparência que só pode ser apagada por manifestação judicial, ordenando o cancelamento do termo.

#292

Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos pela lei.

Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-ia privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade. Tome-se o exemplo do casamento dito inexistente. Sendo considerado tal, não há precisão de ação ordinária para destruí-lo", podendo, segundo sustentam os modernos adeptos da teoria, a declaração de inexistência advir de simples despacho do juiz ou de mera ação declaratória. Ora, o processo ordinário oferece garantias de defesa que não se encontram noutro procedimento. Em matéria de casamento, tais garantias não são apenas de interesse privado, mas são também de interesse social, tanto que a lei, ao impor aquele rito processual, exige que no feito funcione um defensor do vínculo, que representa e defende a sociedade (CC de 1916, art. 222). O acolhimento da idéia de inexistência, portanto, prescindindo o rito ordinário e a vigilância do Ministério Público, diminui a garantia que a lei oferece à sociedade e às partes interessadas na relação litigiosa. E isso é inconveniente.

Por outro lado, admitida a idéia de casamento inexistente, não poderá ele jamais ser considerado putativo-, o que representa, igualmente, sério inconveniente, pois traz prejuízo imerecido para o cônjuge de boa-fé e para os filhos do casal".

150. Casos de nulidade absoluta

Nos casos de nulidade existe um interesse social, a par do individual, a exigir a absoluta ineficácia

do ato jurídico. Este consiste, como vimos, num ato de vontade a que a lei

#293

atribui efeitos jurídicos, dados certos pressupostos: a capacidade das partes, a liceidade do objeto, a obediência à forma, quando prescrita.

O desatendimento a um desses requisitos constitui sério pecado, que provoca, como reação do ordenamento jurídico, a decretação de ineficácia.

Assim, o ato praticado pelo absolutamente incapaz. Como a lei despreza a vontade do impúbere, do psicopata e do surdo-mudo que não pode manifestar sua vontade, o ato no qual estes participaram diretamente não gera qualquer efeito, porque não há manifestação volitiva"

Da mesma forma, o ato cujo objeto é ilícito, quer por colidir com a lei, quer por atentar contra a moral vigente ou contra os bons costumes. Assim, já se decidiu ser ilícito, e portanto nulo, o contrato de pensão vitalícia prometido a uma rameira, com quem o promitente havia mantido relações sexuais, e que lhe havia sido extorquido sob ameaça de ser tudo relatado à sua esposa. Diz o acórdão:

"Prendendo-se o compromisso assumido, de pagamento de pensão vitalícia, à ocupação imoral de meretriz, não pode, pela ilicitude de seu objeto, produzir efeitos jurídicos" (RT, 189/423).

Ainda, nulo será o ato em que se desprezou a forma prescrita em lei, ou em que se utilizou forma que a lei vedava. Dessa maneira, por exemplo, não gerará qualquer efeito a renúncia da herança se ela não for levada a cabo mediante escritura pública, ou de termo nos autos (CC, art. 1.806).

Com fundamento em tal regra, já se julgou nulo o contrato de fiança não efetuado por forma escrita"; já se entendeu que o distrato social que envolve transferência de bens imóveis de valor excedente ao fixado na lei somente pode ser feito por escritura pública, sob pena de nulidade insanável (RT, 154/802); e já se julgou que o arrendamento de bens de raiz pertencentes a menor não vale se não for precedido de hasta pública, como exige o art. 427, V, do Código Civil de 1916 (RT, 132/80).

#294

É nulo, também, o ato jurídico quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

Assim, por exemplo, a lei exige que, no testamento público, estejam presentes duas testemunhas, que devem assistir a todo o ato e subscrever o instrumento. Se isso inoocorrer, este é nulo, não gerando, por conseguinte, quaisquer efeitos`. No regime do Código de 1916 era nula também a venda de ascendentes a descendentes, se ela se efetuasse sem a anuência dos demais descendentes, pois tal solenidade era essencial, nos termos do art. 1.132"-,. Todavia o art. 496 do Código de 2001 declarou anulável esse negócio.

Finalmente é nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente o declarar como tal, ou lhe negar efeito.

São numerosos os casos de nulidades decorrentes de expressa declaração da lei. Entre outros encontram-se no Código Civil

os exemplos do art. 1.428, que determina não valer a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia se a dívida não for paga no vencimento; ou do art. 1.475, que proíbe o proprietário de alienar o imóvel hipotecado; ou do art. 548, que declara nula a doação de todos os bens sem reserva de parte para a subsistência do doador.

151. A simulação. Conceito e hipóteses

A simulação é, na definição de Beviláqua, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam. Encontram-se aí os elementos básicos caracterizadores da simulação, pois nela é elementar a existência de uma aparência contrária à realidade. Tal disparidade é produto da deliberação dos contraentes.

#295

De fato, a simulação caracteriza-se quando duas ou mais pessoas, no intuito de enganar terceiros, recorrem a um ato aparente, quer para esconder um outro negócio que se pretende dissimular (simulação relativa), quer para fingir uma relação jurídica que nada encobre (simulação absoluta). Trata-se, portanto, de uma burla, intencionalmente construída em conluio pelas partes que almejam disfarçar a realidade de enganando terceiro.

Assim, ocorre simulação quando o proprietário de um prédio, desejando facilitar ação de despejo contra seu inquilino, finge vendê-lo a terceiro, que, por residir em prédio alheio, maior probabilidade tem de vencer a demanda (RT, 177/250); ou quando o marido, às portas do desquite, emite uma cambial que não representa qualquer negócio, apenas para subtrair bens à partilha (RT, 121); ou quando o proprietário de uma pedreira que explodiu violentamente, causando sérios danos a terceiros, declara fingidamente, no dia seguinte ao acidente, ser devedor de considerável importância a um seu amigo íntimo, a quem confere garantia real, com o intuito de, mediante preferência concedida, ilidir a execução que decerto lhe seria movida pelas vítimas do acidente (RF, 40/546).

Em todos os três exemplos, o negócio aparente não encobre qualquer outro negócio. Entre as partes, em qualquer das três hipóteses, não há qualquer relação jurídica. Veremos, dentro em pouco, que estes são casos de simulação absoluta.

Uma das hipóteses mais frequentes de simulação é a da venda por preço inferior ao efetivamente ajustado, com o intuito de burlar o Fisco. As partes convencionam a alienação por um preço, mas, para pagar menor imposto, fazem constar da escritura um outro que não o efetivamente combinado (RT, 170/226). Hipótese não infrequente é a da venda de bens a incapaz de receber

doação realizada por meio de interposta pessoa. A lei veda a doação feita por homem casado à concubina; aquele, entretanto, para ilidir a proibição, finge uma venda a interposta pessoa.

#296

Nessas duas hipóteses, o negócio aparente dissimula um negócio escondido. A escritura de compra e venda por preço inferior ao real esconde uma alienação efetuada em termos diversos; o homem casado que transfere um bem a interposta pessoa, oculta, por esse procedimento, e com a concordância do outro contratante, um negócio real de doação, vedado pela lei. Nesses casos, em que o negócio simulado dissimula um outro negócio que se pretende esconder, diz-se haver simulação relativa.

O art. 167, § P°, do Código Civil enumera os casos em que se configura a simulação.

Ocorrerá, nos negócios jurídicos, quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares fardai (inteditados, oli pós datados.

Do exame dos exemplos fornecidos (quer configurem uma simulação absoluta, quer relativa), ou da análise das hipóteses mencionadas na lei, verifica-se a presença de algumas constantes, que são os requisitos caracterizadores do defeito em questão. Assim, por exemplo, o propósito de enganar terceiros; o recurso a um meio indireto e ostensivo para alcançar um fim que remanesce encoberto e diferente do declarado; o fato de o meio escolhido provir sempre da declaração livre e consciente de todos os participantes do negócio defeituoso, embora este não seja por eles querido em seus efeitos normais.

De fato, para que ocorra a simulação faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos:

a) acordo entre os contratantes, que no mais das vezes se apresenta por meio de uma declaração bilateral da vontade 422;

#297

b) desconformidade consciente entre a vontade e a declaração, pois as partes não querem o negócio declarado, mas tão-somente fazê-lo aparecer como querido;

c) propósito de enganar terceiros

Encarada sob o aspecto da natureza do engano, a simulação se distingue em absoluta e relativa. Vista sob o ângulo de sua repercussão em referência a terceiros, ela pode classificar-se em inocente e fraudulenta.

A simulação será absoluta, como vimos, quando sob o ato simulado não se encontra qualquer outra relação negocia] efetiva

entre as partes⁴²⁴. Os três primeiros exemplos fornecidos bem caracterizam a figura.

Observa Espínola^{12'} que a simulação absoluta procura ordinariamente

prejudicar terceiro subtraindo os bens do devedor à execução do credor". E ela se configura, por exemplo, quando

o devedor transfere a um colateral os direitos de compromissário comprador de que era titular, a fim de evitar que tais direitos sejam penhorados em executivo por aluguéis, contra ele intentado (RT, 234/544).

Nesta hipótese, a Corte acolheu

a arguição dos interessados e, entendendo provada a simulação, decretou a nulidade da cessão. Outra hipótese característica, decretando a nulidade do negócio jurídico, diz respeito a alienação de estabelecimento comercial feita simuladamente pelo réu, a fim de prejudicar partilha em desquite (RT, 210/179).

Na simulação relativa, encontram-se dois negócios: um, simulado, ostensivo, aparente, que não representa o íntimo querer das partes; e outro, dissimulado, oculto, que justamente constitui a relação jurídica verdadeira. As hipóteses mais frequentes já foram analisadas.

#298

A simulação relativa pode recair: a) sobre a natureza do negócio; b) sobre o conteúdo do negócio, ou seja, seu objeto; c) sobre a pessoa participante do negócio.

a) A simulação relativa incide sobre a natureza do ato, como quando se finge uma dação em pagamento para esconder uma venda, de maneira a evitar a eventual ação revocatória promovida pelos credores do alienante; ou quando se disfarça um contrato

de mútuo para esconder a origem ilícita de uma dívida, tal como a de jogo, ou o ganho provindo de contrabando etc., dívida

a que, em virtude de sua iliceidade, a lei nega ação de cobrança. Existe tal espécie de simulação no ato daquele que ostensivamente declara vender sua casa, quando, na realidade, a está conferindo como capital em empresa na qual deseja ingressar (RT, 152/516).

b) A simulação incide sobre o conteúdo do negócio, como quando se lança mão de um preço menor que o real para evitar o pagamento do imposto; ou quando se forja a data de um negócio jurídico (CC, art. 167, § P, 111) para situá-lo numa ocasião mais conveniente aos simulantes.

c) Ocorre ainda simulação relativa quando o negócio efetivamente existente vincula outras pessoas que não as figurantes

no ajuste aparente. Neste caso, a simulação recai sobre a pessoa interessada no ato. Diz-se ocorrer, na hipótese, a interposição

de pessoas (CC, art. 167, § 1-º, 1). A figura característica da interposição de pessoa é aquela na qual alguém, sendo proibido

de alienar em favor de um incapaz, o faz a terceiro, que, por sua vez, transmitirá o bem àquele que não tem legitimação

para figurar na avença. No direito francês, os escritores dão o exemplo clássico da doação a filho adulterino. A lei impede

tal doação, de sorte que, para ultimá-la, o alienante transfere seus bens a interposta pessoa, que, posteriormente, os entregará

ao filho adulterino. Entre nós, pelo menos em dois casos, tal expediente é correntio: no primeiro, para ilidir a proibição

de liberalidade do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC, art. 550); no segundo, para fraudar a limitação da regra do art.

#299

partes alcancem os efeitos almejados, através de um meio indireto, quando permitido lhes era recorrer ao meio direto. Assim, se a lei não veda ao homem solteiro a doação de bens à sua concubina, não pode tornar sem efeito a venda simulada que ele lhe faz (RT, 155 / 181).

Os exemplos de simulação inocente se multiplicam na jurisprudência. Ela ocorre na aquisição, por interposta pessoa, de cotas de sociedade, se o negócio é levado a efeito sem o intuito de prejudicar terceiros (RT, 210/510); ou na doação, ou dação em pagamento, feito sob forma de compra e venda (RT, 193/761); ou, ainda, na entrega de imóvel para realização do próprio capital em sociedade que se constituía, se os autores dissimularam tal entrega sob a aparência de uma compra e venda (RT, 152/516). Finalmente, o Tribunal de São Paulo reconheceu haver simulação inocente na aparente venda feita pelo de cujus sem herdeiros necessários, poucos dias antes de morrer, a terceira pessoa a quem pretendia legar um imóvel. Como podia ele alienar gratuitamente seus bens, o fato de recorrer a um contrato oneroso, com o fito de poupar trabalho ao beneficiário, nada apresentava de ilícito, porque a ninguém prejudicava, configurando-se apenas uma simulação inocente (RT, 217/241).

Há que se ter permanentemente em vista que na simulação há sempre o escopo de enganar, sendo este, como já se apontou, um seu característico elementar. Apenas o engano, por vezes, não visa prejudicar terceiro, nem o Fisco, nem ilidir disposição de lei. Neste caso, embora se configure a simulação, é ela inocente.

Se as partes, todavia, foram conduzidas à simulação com o propósito de prejudicar terceiros, ou de burlar o Fisco, ou de ilidir a incidência de lei cogente, surge a figura da simulação maliciosa ou culpada, também chamada fraudulenta.

Portanto, diz-se culpada a simulação quando ela tem por escopo: a) prejudicar terceiro; b) prejudicar o Fisco; c) fraudar a lei.

Da primeira hipótese já dei numerosos exemplos. Da segunda, isto é, da simulação com o intuito de prejudicar o Fisco, já aludi ao caso mais freqüente da compra e venda por preço inferior ao real, a fim de pagar menor imposto.

A terceira hipótese, de simulação com o propósito de violar disposição de lei, faz aparecer a figura do ato em fraude à lei. Trata-se de um negócio indireto, com o fim de alcançar um resultado que a lei diretamente veda.

#300

Age em fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente

a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação

em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos.

Cada vez que uma lei nova surge, observa Rotondi", os interessados procuram burlá-la, procuram um jeito de lhe ilidir a

incidência. Traz o exemplo da Lex Licítia de Modus Agris et Pecoris, que proibía a um cidadão romano possuir mais de quinhentos

acres de terra, pois

seu escopo era acabar com o latifúndio. Licínio Stolonis, pretor que fora um dos autores da norma, no intuito de escapar

à sua incidência, emancipou um filho para que este, adquirindo a qualidade de *siii juris*, pudesse também ser senhor de quinhentos

acres. Eis aí caracterizada a fraude. O agente se coloca em uma situação em que a lei não o apanha. Denunciado o infrator,

sofre ele a sanção da lei, porque o ordenamento jurídico não pode permitir que se alcance, indiretamente, aquilo que veda

se obtenha de modo direto e frontal.

No caso de venda de bens a descendentes, sem anuência dos outros descendentes, feita através de interposta pessoa, caracteriza-se

a fraude à lei". Da mesma forma, na doação feita à concubina pelo homem casado, através de pessoa interposta, aquela figura

fraudulenta volta a aparecer.

Desde que a lei declara ser nulo o negócio simulado (CC, art. 167), ela confere ao prejudicado ação anulatória do negócio.

a) Se se tratar de simulação absoluta, anulado o negócio, são as partes transportadas para o estado em que antes dele se encontravam (CC, art. 182), isto é, nada subsiste, porque o negócio simulado não passava de uma aparência, e como tal foi destruído.

b) Se se tratar de simulação relativa, mister se faz ter em vista que ela implica a existência de dois ajustes: uma convenção simulada e uma dissimulada.

A lei proclama que, destruído o negócio simulado, subsiste o negócio dissimulado, se lícito. #301

c) Se a simulação for culposa ou fraudulenta, os terceiros prejudicados têm ação para anular o ato simulado (CC, art. 167,

§ 2º -'), mas os que dele participam não podem aduzi-la. Aqui há a aplicação da regra, já estudada, segundo a qual *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Como a simulação procurava prejudicar terceiros,

ou o Fisco, ou violar a lei, sofrem os simuladores as conseqüências de seu ato antijurídico, por lhes negar a lei acesso

aos pretórios'-9.

d) Problema mais complexo é o relativo aos efeitos da simulação inocente. Tal complexidade decorre da má redação do texto

legal.

Dispunha o art. 103 do Código de 1916 que não se considerava defeito a simulação quando inocente. Ora, se a simulação inocente

não representava defeito, o ato jurídico dela oriundo não podia ser infirmado, porque era perfeito. Parece evidente que, se um negócio não apresenta qualquer vício, não pode ser desfeito, a não ser pelo consenso das partes. Disso decorre que, se inocente o fingimento, o ato simulado prevalece ainda que revelada a simulação. Tal orientação, entretanto, é contra a opinião de toda a doutrina e colide com a legislação dos demais países. Uma e outra entendem que, no caso de simulação inocente, esta pode ser declarada a pedido de qualquer das partes, a fim de tornar sem efeito o ato simulado.

Aliás, essa idéia, aparentemente rejeitada pelo art. 103, parecia ser acolhida pelo art. 104, ambos do Código Civil de 1916, através do argumento a contrario. Dizia este último texto que, havendo intuito de prejudicar terceiros, ou de infringir preceito de lei, não podiam os contratantes alegar a simulação; a contrario sensu, portanto, não havendo intuito de causar prejuízo, podem as partes argüir a simulação. Os dois artigos, portanto, pareciam viver em contradição. Como disse, a doutrina interpreta desta segunda maneira a regra, permitindo, em caso de simulação inocente, a qualquer dos contraentes, a promoção da anulabilidade do ato.

#302

c) Finalmente, os efeitos do ato em fraude à lei. Nessas hipóteses de simulação, existe um agravo a um preceito cogente que interessa à ordem pública, de maneira que não pode o legislador deixar ao arbítrio do interessado a decisão atinente à sobrevivência do negócio. Interessa ao ordenamento jurídico a sua nulidade, pois ele colide com norma que diz respeito a um interesse da sociedade. Por isso, a meu ver, quando a simulação se apresenta como instrumento de um ato em fraude à lei, é nulo, e não apenas anulável, o negócio jurídico dela provindo.

152. Casos de anidabilidade

Duas são as hipóteses em que surge o ato anulável: quando é praticado por pessoa relativamente incapaz, e quando, a viciar o negócio jurídico, encontra-se um defeito tal como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão ou a fraude. Note-se que, nesta hipótese, procura o legislador proteger um interesse particular, quer de pessoa que não atingiu ainda um pleno desenvolvimento mental, como o menor púbere ou o silvícola, quer de pessoa que tenha concordado em virtude de um vício da vontade, quer, ainda, de indivíduo que tenha sido ludibriado pela fraude. Aqui o interesse social é mediato, de maneira que o ordenamento jurídico, conferindo ação ao prejudicado, não toma qualquer iniciativa e se dispõe a validar o ato se o interessado não promover sua anulação.

Assim, se o menor púbere, desassistido por seu tutor, manifestou sua concordância na últimação de um negócio jurídico, a lei lhe concede um prazo para promover a anulação do ato. Entretanto, se por lhe parecer conveniente preferir manter o negócio, basta que se conserve silente, pois sua inércia fará com que o ato convalesça do vício, ficando, desse modo, tacitamente ratificado. Como se trata de medida editada com o fim de protegê-lo, só ao incapaz cabe pedir a anulação do ato, de sorte que não pode o outro contratante promover a declaração de ineficácia, ainda que aponte o defeito do negócio. Aliás, a este último nem sequer se faculta reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, a menos que prove ter a importância paga revertido em proveito deste (CC, art. 181).

153. Proteção ao menor púbere

O art. 154 do Código de 1916 proclamava serem anuláveis as obrigações contraídas pelos menores

entre 16 e 21 anos, quando atuassem sem autorização de seus legítimos representantes, ou sem assistência de curador que

houvesse de intervir no ato. O novo Código, por ser ele evidente, não registra o preceito.

#304

que o erro a que foi conduzido o outro contratante seja escusável porque, se o menor agiu dolosamente, mentindo sobre sua

idade, más, se o outro contratante podia, pela aparência infantil daquele, desconfiar da mentira e conferir o alegado e

não o fez, só deve atribuir à sua negligência o prejuízo sofrido, não merecendo que a lei proteja o seu interesse, que ele

mesmo não soube proteger. Não há razão para se dar amparo ao negligente, abrindo exceção à regra de proteção ao incapaz.

1) Se o art. 155 do Código Civil de 1916 (180 do Código atual) tratava da responsabilidade contratual do menor púbere,

condicionandoa ao procedimento doloso do incapaz, o art. 156 daquele Código cuidava de sua responsabilidade aquiliana. Para

tal efeito, equiparava-o ao maior. Partia o legislador do pressuposto de que, ao atingir a idade de 16 anos, já havia alcançado

o indivíduo maturidade adequada, capaz de lhe permitir distinguir o certo do errado, o bem do mal. E pondo em paralelo o

interesse do menor púbere e o da vítima do ato ilícito, preferia o desta, obrigando aquele a reparar o prejuízo decorrente

de seu dolo ou de sua culpa. Tal preceito, não repetido no Código atual, representa uma imperfeição do legislador de 2001.

155. A nulidade parcial

A nulidade parcial de um ato não o prejudica na parte válida, se esta for da outra separável (CC,

art. 184). É o princípio tradicional segundo o qual *utile per inutile imi vitiatur*. Assim, se um negócio jurídico pode ser

desdobrado, e apenas uma de suas partes vem afetada pela nulidade, a outra continua válida, porque não a contamina aquele vício destruidor.

Mister distinguir no negócio jurídico a sua parte substancial da parte acessória. Se a nulidade afeta a primeira, todo o negócio perece, porque, como a existência do acessório supõe a do principal, é incabível a sobrevivência daquele sem a deste.

Assim, se a dívida contraída é nula por ser o contratante devedor incapaz, nula é a hipoteca que a garante, ainda que tenha sido oferecida por pessoa capaz, porque o acessório não poderá viver sem o principal. do pelo incapaz, este se houvesse declarado maior. Entendeu a turma julgadora que, conquanto existisse declaração do incapaz, não haviam os outros contratantes provado a malícia de seu contendor.

Num pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente Cosia Mnxso, a maioria decidiu que, embora o menor houvesse, espontaneamente, se declarado maior, para se lhe negar o benefício da anulação do negócio em que foi prejudicado mister seria evidenciarse o dolo de sua parte.

#305

Mas o contrário não é verdadeiro. Se o vício se refere somente à estipulação acessória, esta pode ser apagada, sem que a relação principal tenha que se extinguir. Assim, se num acordo de separação se inclui, entre muitas outras cláusulas, uma sobre herança de pessoa viva, anula-se por ser ilícita esta disposição acessória, mas mantém-se no resto a convenção principal, pois *utile per inutile non vitiatur* (cf. julgado do STF na Revista de Inrprudência Brasileira, 182/20).

156. Efeitos da nulidade

Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam. Não sendo possível

restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (CC, art. 182). O que vale dizer que as nulidades, quer a absoluta, quer

a relativa, operam retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido`.

Assim, por exemplo, se uma das partes não pode dispor de seus bens e promete vendê-los, o negócio é nulo, as importâncias recebidas precisam ser devolvidas, voltando tudo ao estado anterior (RT, 157/224)11'.

Por vezes ocorre, entretanto, que a recondução das partes ao estado anterior torna-se impossível. Neste caso procura-se obter o equivalente através de indenização. Foi o que aconteceu em hipótese julgada pelo Tribunal de São Paulo, na qual

o imóvel oferecido por uma das partes, em permuta, não pôde ser localizado. Assim entendeu a Corte julgadora:

"... desfeita a permuta, por não existir ou não ser possível localizar no solo a coisa recebida, restituem-se as partes

ao estado anterior e se não pode ser devolvida a coisa dada em troca, por ter sido alienada, é ela substituída pelo seu

equivalente, de acordo com o valor dado no contrato" (RT, 163 / 724).

#307

CAPÍTULO VIII DOS ATOS ILÍCITOS

Sumário:

157. Introdução.

158. Conceito de ato ilícito. Responsabilidade contratual e extracontratual.

159. Pressupostos da responsabilidade aquiliana: A) ação ou omissão do agente; B) relação de causalidade; C) existência de dano; D) dolo ou culpa do agente.

160. A exclusão da responsabilidade. Culpa da vítima, concorrência de culpa, caso fortuito ou de força maior.

161. Tendência de evolução na teoria da responsabilidade civil. Risco.

162. Responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro.

163. Atos causadores de dano não considerados ilícitos.

164. A legítima defesa.

165. O abuso de direito.

166. Atos praticados em estado de necessidade.

157. Introdução

Ao iniciar o estudo do Livro 111 da Parte Geral do Código Civil, distingui, de um lado, aquelas ocorrências

alheias à atividade humana, as quais criavam relações na órbita do direito, a que denominei fatos fíriclicos em sentido

estrito; e, de outro, os atos provindos do comportamento do homem, e dos quais, por igual, derivam relações jurídicas.

Entretanto, separei, dentre estes últimos, o ato jurídico do ato ilícito. O primeiro se caracteriza como ato de vontade

cujo objeto é lícito e por esta razão colhe o beneplácito do ordenamento jurídico, que a ele empresta os efeitos almejados

pelo agente. É o negócio jurídico. O segundo, ao contrário, colide com a lei, com a moral ou com os bons costumes e, por

isso, gera outros efeitos que não os queridos pelo seu autor. A este dá-se o nome de ato ilícito.

436. Obedecendo a ordem do Código Civil, e por uma questão de sistemática, no presente capítulo são traçadas as linhas mestras

da matéria concernente à responsabilidade aquiliana. Toda a matéria de responsabilidade civil foi retomada e examinada com

mais pormenores no v. 4 desta obra. Para aquele volume é remetido o leitor.

#308

Tendo estudado o ato jurídico, ingresso agora no exame do ato ilícito. Ato ilícito é aquele ato humano que não se acomoda

com a lei, provocando um resultado que se não afaz à vocação do ordenamento jurídico.

158. Conceito de ato ilícito. Responsabilidade contratual e extracontratual

Poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele

praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. Dever legal, ou dever contratual.

Quando alguém descumpre uma obrigação contratual pratica um ilícito contratual e seu ato provoca reação da ordenação jurídica, que impõe ao inadimplente a obrigação de reparar o prejuízo causado. O preceito que regula a responsabilidade contratual se encontra no art. 389 do Código Civil. Diz ele:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Nessa relação jurídica existe um liame convencional entre o agente e a vítima do dano. O inquilino que deixa de pagar o aluguel falta a um dever decorrente do contrato e, por conseguinte, constitui-se responsável pelo prejuízo que causou.

Por vezes, entretanto, o ilícito se apresenta fora do contrato. Quando isso ocorre, nenhuma ligação de caráter convencional vincula o causador à vítima do dano. Aquele que infringiu uma norma legal por atuar com dolo ou culpa, violou um preceito de conduta de que resultou prejuízo para outrem. Deve, portanto, indenizar. O motorista que, por dirigir distraidamente seu veículo, atropela um transeunte, causa-lhe prejuízo. Sua atitude culposa representa infração a um dever legal. Deve, por isso, reparar o dano causado, indenizando a vítima das despesas de tratamento, bem como repondo aquilo que a vítima deixou de ganhar em sua inatividade. Trata-se de uma responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, que se fundamenta, no direito brasileiro, no art. 186 do Código Civil, que dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

#309

A infração à norma de conduta pode ser mais ou menos intensa. Quando ela consiste na violação de um preceito de ordem penal, a reação do ordenamento jurídico é mais violenta e pode conduzir à aplicação de uma pena consistente em castigo corporal ou em multa. Quando a infração não ofende a um princípio daquela natureza, mas tão-só causa dano a terceiro, a relação que se estabelece entre as partes se confina à ordem civil, resultando apenas o dever de indenizar. Todavia, não raro, a infração da norma penal provoca conseqüências criminais e civis, porque do fato, ademais, deriva prejuízo patrimonial para a vítima.

Assim, por exemplo, no caso de homicídio. Há infração do preceito do art. 121 do Código Penal, sujeitando o delinqüente à pena de prisão. Mas, como tal fato causa dano à família do morto, a lei sujeita o agente ao pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, o luto da família e ao dever de fornecer pensão alimentícia às pessoas a quem o defunto a devia (CC, art. 948).

159. Pressupostos da responsabilidade aquiliana: A) ação ou omissão do agente; B) relação de causalidade; C) existência de dano; D) dolo ou culpa do agente

Pretendendo circunscrever esta sucinta exposição apenas ao problema da responsabilidade extracontratual, passo ao exame da regra básica que a disciplina, ou seja, a do art. 186 do Código Civil.

Do exame desse dispositivo, verifica-se que vários são os pressupostos necessários para que a responsabilidade emergja. Com

efeito, para se apresentar o dever de reparar, necessário se faz: que haja uma ação ou omissão, por parte do agente; que

a mesma seja causa do prejuízo experimentado pela vítima; que haja ocorrido efetivamente um prejuízo; e que o agente tenha

agido com dolo ou com culpa.

Inocorrendo um desses pressupostos não aparece, regra gerar", o dever de indenizar.

A) Ação ou omissão do agente - O ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de omissão do agente. Em todo caso decorre sempre de uma sua atitude, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro.

#310

A atitude ativa consiste em geral no ato doloso ou imprudente, enquanto a passiva, via de regra, retrata-se pela negligência.

O empresário de um circo que esquece a porta da jaula aberta, permitindo que uma fera ataque espectadores, pratica ato ilícito

por omissão, pois não tomou as medidas de segurança que lhe cumpria tomar. A omissão só ocorre quando o agente, tendo o

dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo.

B) Relação de causalidade - Mister se faz que, entre o comportamento do agente e o dano causado, se demonstre relação de

causalidade. É possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja a causa do outro.

Ainda é possível que a relação de causalidade não se estabeleça por se demonstrar que o dano foi provocado por agente externo

ou por culpa exclusiva da vítima. Assim, provado que a vítima se lançou propositadamente sob as rodas de um automóvel em

alta velocidade, pois tinha o intuito de suicidar-se, não surge a relação de causalidade entre o ato imprudente do agente

e o evento lamentado.

Tal pressuposto é importante, porque na maioria das vezes incumbe à vítima provar tal relação.

C) Existência de dano - O terceiro elemento caracterizados da responsabilidade consiste na existência do dano.

Em rigor, se alguém atua culposa ou dolosamente, mas não infringe a norma penal nem causa dano a terceiros, seu ato não

gera qualquer conseqüência, pois a questão da responsabilidade civil só se apresenta em termos de indenização e esta só

é possível se ocorrer prejuízo.

Qual, entretanto, o dano indenizável? Será apenas o patrimonial, ou cabe também indenização pelo dano moral?431

#311

O problema suscitou ampla controvérsia no passado⁴, e embora a maioria dos escritores opinasse sobre a conveniência de se permitir o ressarcimento no dano moral a jurisprudência, se não unânime, era torrencial no sentido de que o dano meramente moral não era ressarcível⁵.

A questão foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988, cujos incisos V e X do art. 5º admitiram o ressarcimento do dano moral.

D) Dolo ou culpa do agente - Finalmente, para emergir a responsabilidade civil, é necessário que o agente do dano tenha agido dolosa ou culposamente.

Age com dolo aquele que, intencionalmente, procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das conseqüências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.

Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência. Aqui existe infração ao dever preexistente de atuar com prudência e diligência na vida social. Assim, o motorista que, conduzindo imprudentemente seu automóvel, atropela um passante, age com culpa e, por isso, deve reparar o prejuízo causado. Se, ao invés, apenas deixa seu veículo num declive, sem o frear devidamente, de modo que o mesmo desliza e destrói um bem alheio, comporta-se com negligência, e caracterizada se manifesta sua culpa, devendo, por igual, reparar o dano causado.

A distinção entre o dolo e a culpa é responsável pela tradicional divisão entre o delito e o quase-delito, que se encontra em várias legislações,

#312

entre as quais a francesa e a brasileira anterior ao Código Civil.

Já no direito francês, entretanto, tal discriminação pareceu inútil a alguns juristas⁶, pois tanto os atos delituais, isto é, os dolosos, como os quase-delituais, isto é, os culposos, geram idêntica obrigação de indenizar, a qual se mede pelo prejuízo causado e não pelo fato de este ter sido provocado deliberada ou involuntariamente pelo seu causador.

O Código Civil de 1916, adotando a orientação do Código Civil alemão, grupou tanto os atos dolosos como os culposos sob a rubrica de atos ilícitos, pois o efeito por qualquer deles gerado é sempre o mesmo, isto é, o dever de indenizar.

A idéia de culpa envolve a de imputabilidade; e esta a de capacidade. De sorte que o menor impúbere ou os amentais, em rigor, não podem ser responsabilizados⁷ 1º, a não ser através das pessoas em cuja guarda se encontram⁸ 1411. Falta-lhes o amadurecimento ou a clareza suficientes para poderem ser subjetivamente inculcados.

No direito atual, é irrelevante a questão do grau da culpa, que teve importância no passado. Distinguiu-se então a culpa grave da leve ou levíssima.

Ocorria a culpa grave quando a falta advinha de imprudência ou negligência seriíssima, não encontrável na maioria dos homens.

Muitos escritores equiparavam a culpa grave ao dolo, entendendo que os

#313

efeitos deste deviam ser comuns àquela. A culpa leve consistia na falta afastável com atenção ordinária, ou seja, aquela na qual o homem comum poderia incidir, mas que um homem normalmente cuidadoso decerto evitaria. Finalmente, a culpa levíssima seria aquela só evitável por uma diligência especial, gerando falta na qual mesmo o prudente e sábio pai de família poderia incorrer.

Tal distinção se apresentava irrelevante no passado em matéria de responsabilidade extracontratual, em que a necessidade de reparar advinha de culpa do agente (de qualquer grau), mas em que o elemento predominante era o alcance do prejuízo experimentado pela vítima. O montante do dano, e não a intensidade da culpa, é que ia sempre ditar a importância da indenização, ainda que levíssima fosse a falta do causador do dano, porque in lex Achilia et levissima culpa veuit.

O Código de 2001, mantendo como tal a regra geral, entretanto criou uma importante exceção. Com efeito, o caput do art.

944 consigna a regra geral, ao dizer que a indenização se mede pela extensão do dano, mas o parágrafo único traz a exceção,

considerando o grau de culpa (cf. v. IV). Transcrevo o dispositivo:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Mas útil é a distinção entre a culpa *in concreto* e a culpa *in abstracto*.

Considera-se *in concreto* a culpa quando se examina a imprudência ou negligência do agente, no caso *sub judice*, verificando as condições que cercam uma espécie determinada; considera-se *in abstracto* quando se compara o procedimento do agente ao do homem normal, isto é, ao de um tipo fictício que se tem em vista, tal como o *diligens pater familias* dos romanos.

Dentro do sistema de nossa lei, o critério adotado é o da culpa *in concreto*.

160. A exclusão da responsabilidade. Culpa da vítima, concorrência de culpa, caso fortuito ou de força maior

Faltando qualquer dos pressupostos acima mencionados, não se configura a responsabilidade. Ela pode, portanto, ser ilidida se provado ficar que não houve dano, ou

#314

culpa do agente, ou relação de causalidade. Aliás, a melhor defesa, nas ações de responsabilidade civil, consiste na demonstração da culpa da vítima, ou da existência de caso fortuito ou de força maior.

A culpa da vítima pode ser exclusiva, ou concorrente com a culpa do agente. No primeiro caso, ela exclui a responsabilidade,

porque cessa a relação de causalidade entre o ato do agente e o evento danoso; no segundo, ela se atenua, porque a vítima também contribuiu para o dano com sua própria negligência ou imprudência. Nesta última hipótese, o julgador fixará a indenização em cifra inferior ao prejuízo, porque ambas as partes concorreram para seu advento e não é justo que só uma delas o sofra por inteiro⁴⁴⁴.

Se o fato foi provocado por força maior ou caso fortuito, cessa igualmente a responsabilidade, pois a presença de uma dessas circunstâncias elimina a idéia de culpa, e sem culpa não há, via de regra, responsabilidade¹.

O Código Civil define tais expressões no parágrafo único do art. 393. Diz:

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força Maior verifica-se no fato wcessario, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, um raio que destrói um bem ou um ato da autoridade que impõe determinada medida constituem fato necessário, cujo efeito não é possível evitar ou resistir.

Como aponta Amoldo Medeiros da Fonseca 446, encontram-se na noção de caso fortuito ou na de força maior dois elementos:

a) um elemento interno, objetivo, representado pela inevitabilidade do even

#315

to; b) um elemento externo, subjetivo, representado pela ausência de culpa do pretenso agente do dano.

A inexistência de culpa torna incabível a ação de indenização, constituindo, portanto, a alegação e prova da existência do caso fortuito ou de força maior meio de defesa eficaz do réu.

161. Tendência de evolução na teoria da responsabilidade civil. Risco

Como apontei, a responsabilidade se baseia na idéia de culpa. Só provada a culpa do agente é que emerge a necessidade de reparar o dano. Tal idéia, tradicional no direito romano, inspirou as várias legislações, inclusive a nossa, que consagrou o princípio no art. 186 do Código Civil.

Todavia, ao ver de muitos juristas, ela é insuficiente para atender aos problemas que a vida atual apresenta. O desenvolvimento da ciência, o progresso do maquinismo, a multiplicação e mecanização dos meios de transportes trouxeram um aumento brutal dos acidentes, criando um estado de coisas que não se compara com o do passado. Não podendo evitar esse crescente número de vítimas, mister, ao menos, proporcionar a elas os meios adequados para se indenizarerr¹⁴⁴.

Dentro da rigidez da teoria da culpa, não se encontram meios para obter amplo ressarcimento do dano, porque, para alcançar a indenização, necessário se faz que a vítima prove não só o ato do agente e o dano sofrido, como também a relação de causalidade e, principalmente, a culpa do réu. Como poderá o pobre pedestre, pergunta Jossierand, atropelado em lugar ermo e no meio

da noite, provar que o automóvel que o colheu vinha com luzes apagadas, ou trafegava em excesso de velocidade? Como poderá

o viajante que caiu do trem demonstrar que os empregados da estrada negligenciaram em fechar as portas do vagão, ao sair

o comboio da última estação? Exigir prova adequada em casos semelhantes equivale a deixar sem reparação a vítima do acidente.

No sentido de remediar os inconvenientes advindos da estreiteza da teoria da culpa, e com o escopo de facilitar à vítima

a obtenção de justa reparação, alguns procedimentos técnicos foram adotados pela lei e pela jurisprudência. Entre eles,

cabe distinguir: a) o acolhimento

#316

da noção de abuso de direito; b) o acolhimento da idéia de culpa negativa; c) a admissão, em muitos casos, da presunção

de culpa do agente causador do dano; d) o enquadramento, em outros, da responsabilidade dentro do campo do contrato; e)

a adoção, em determinadas hipóteses, da teoria do risco}41.

a) Através da idéia de abuso de direito amplia-se o conceito de culpa, pois se vai admitir que, mesmo agindo dentro dos

quadros de sua prerrogativa, pode o agente ser obrigado a reparar o dano causado, se a não usar regularmente.

b) A noção de falta negativa também envolve uma amplitude da idéia de culpa, pois através dela se admite a possibilidade

de alguém ter de reparar prejuízo decorrente de mera omissão de sua parte. Assim, se o proprietário de um prédio conserva

um elevador obsoleto, que oferece perigo, quando podia substituí-lo por um mais moderno e mais seguro, torna-se responsável,

em virtude de sua omissão, pelo dano sofrido pela vítima de acidente ocorrido com tal aparelho.

c) Ao propor ação de indenização a vítima do dano deve, ordinariamente, provar o alegado, pois, regra geral de processo,

é a de que actori incumbit probatio. Ora, tal prova não raro se apresenta impossível, como já aponte. De modo que nalguns

casos a lei, ou a jurisprudência, reverte o ônus da prova, presumindo a culpa do agente causador do dano e permitindo, apenas,

que ele prove sua não-culpa. Portanto, em vez de o autor ter de provar a culpa do réu, é este quem deve provar sua não-culpa.

Assim, por exemplo, a lei presume culpado o guarda do animal pelo dano por este causado, permitindo, entretanto, que o contrário

seja demonstrado (CC, art. 936). A lei presume as estradas de ferro culpadas por todos os desastres que sucederem em suas

linhas e de que resulte morte ou lesão corpórea para os viajantes; permite, entretanto, que as estradas ilidam a responsabilidade

emergente, se provarem a ocorrência de caso fortuito ou a culpa exclusiva da vítima (Dec. n. 2.681 / 12, art. 17).

d) Na responsabilidade contratual, não precisa o contratante pontual provar a culpa do inadimplente, para obter reparação

das perdas e danos. Basta-lhe provar o inadimplemento, para que a regra do art. 389 do Código Civil opere.

#317

Ora, se ficar assentado que determinada responsabilidade é contratual, e não aquiliana, basta a prova do dano, para surgir o dever de indenizar, cumprindo, por conseguinte, ao agente demonstrar que ocorreu a força maior, ou outra excludente da responsabilidade, se quiser fugir a tal obrigação.

Figure-se o exemplo do transporte em auto de aluguel, em que o passageiro é ferido em desastre no caminho. Se se entender que a responsabilidade é aquiliana, cumprirá à vítima provar a culpa do motorista; se, entretanto, entender-se que entre as partes se estabeleceu um contrato de transporte, no qual o transportador assumiu a obrigação de conduzir a vítima, incólume, ao lugar de destino, basta provar que tal resultado não foi alcançado, para que surja o dever de indenizar o dano sofrido. Pode, é verdade, o transportador ilidi-lo, se provar a ocorrência de força maior. Finalmente, o procedimento mais audaz se encontra na adoção da teoria do risco, ou seja, na da responsabilidade objetiva. Ela independe da existência de culpa e se baseia na idéia de que a pessoa :) que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendi- ín_ mento. de

Naqueles casos em que se admite a responsabilidade informada ~m pelo risco, não é mister se provar a culpa do agente, bastando que se to evidencie a relação de causalidade entre o ato e o prejuízo.

Nenhuma legislação adota integralmente tal concepção. Nalguns) o casos, entretanto, o legislador determina sua aplicação, ordenando que nos a reparação decorra do advento do dano.

No sistema brasileiro, encontramos três casos em que aparece a tira responsabilidade objetiva: na Lei de Acidentes do Trabalho; no Códí- ção go Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19-12-1986), em referên- inça

cia aos prejuízos causados por objetos caídos de aeronaves e aos da- s, a mas nos causados por suas manobras em terra; e no Decreto n. 2.681/12, iris em relação aos prejuízos causados pelas estradas de ferro aos proprietá- de rios marginais. Nestas hipóteses, o problema da culpa não se propõe; a responsabilidade é objetiva, e o dever de indenizar emerge da existência de uma relação de causalidade entre o fato gerador do prejuízo e este. Verdade que, ainda aqui, a responsabilidade pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior. Mas nesta hipótese desaparece a relação de causalidade.

#318

162. Responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro - A responsabilidade pode decorrer de ato próprio do agente, ou de ato de pessoa por quem se é responsável. Assim, o pai responde pelos atos dos filhos que estiverem em seu poder e

em sua companhia; o tutor e o curador, pelos atos do pupilo ou do curatelado; o preponente, pelos atos do preposto etc. (CC, art 932).

163. Atos causadores de dano não considerados ilícitos

Atos há que causam dano a terceiros e que, contudo, não se enfileiram entre os ilícitos. São os referidos no art. 188 do Código Civil, isto é, os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade. Veremos, de passagem, cada uma das hipóteses.

164. A legítima defesa

Diz a lei não constituir ato ilícito o praticado em legítima defesa.

Vimos que, em regra, a defesa dos direitos se processa pelo Poder judiciário. Todavia, por vezes, a lei confere a um indivíduo, e excepcionalmente, um meio direto de preservação de seu direito subjetivo. A legítima defesa é um exemplo típico.

Em rigor, quando alguém é agredido, ou ameaçado, deve recorrer ao Poder Judiciário para obter reintegração do seu direito

ou forças para defendê-lo da ameaça. Todavia, o próprio legislador, imaginando as dificuldades que se tem de vencer para

alcançar a proteção do Poder Público, cujas providências poderiam chegar tarde demais, defere à vítima da agressão, excepcionalmente,

o direito de reagir e defender-se com suas próprias forças. Por consistir em um meio direto de defesa, autorizado pela própria

lei, dá-se-lhe o nome de legítima defesa.

Além da regra geral do art. 188, o Código Civil a consagra em outro dispositivo. Fá-lo no art. 1.210, § 1º, ao ensejo

da posse, quando preceitua que o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força,

contanto que o faça logo.

Colhem-se no Código Penal os requisitos necessários para que tal defesa direta seja legítima. Com efeito, para que isso

se dê, mister se faz: a) que a ameaça ou agressão seja iminente; b) que ela seja injusta; c) que os meios empregados sejam

moderados, isto é, proporcionais à agressão.

#319

Se a agressão ou ameaça é remota, deve o ameaçado recorrer às vias de direito; se ela é justa, não se justifica a reação;

e, finalmente, se a reação ultrapassa o necessário para repelir a agressão, surge um excesso culposos, que o direito não

legítima.

165. O abuso de direito

Não constituem, igualmente, atos ilícitos aqueles decorrentes do exercício normal de um direito.

É a aplicação do velhobrocardo romano, segundo o qual *neminem laedit qui suo jure utitur*, isto é, não causa dano a outrem

quem utiliza um seu direito.

Tal preceito já não representa uma verdade incontestável, pois a utilização de um direito só não constituirá ato ilícito

se o seu titular o exercer regularmente. É o que proclama a lei. Daí decorre que, se o seu exercício foi irregular, há iliceidade.

No dispositivo do art. 160, I, 25ª parte, acolhia o Código Civil de 1916 a teoria do abuso de direito, segundo a qual, mesmo atuando dentro do âmbito de sua prerrogativa, podia a pessoa ser obrigada a indenizar dano causado, se daquela fez um uso abusivo.

Hoje, o Código de 2001 traz regra específica a respeito. Com efeito, dispõe o art. 187 do atual diploma:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos

pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

A teoria do abuso de direito, na sua forma atual, é, como diz Josseland⁹, de tessitura jurisprudencial e surgiu na França na segunda metade do século XIX.

#320

O aparecimento de tal concepção, como já apontei (v. n. 161 supra), deve-se à evolução do problema da responsabilidade civil. Surge de tímida, a princípio, condenando aqueles atos de emulação em que o titular do direito o exerce apenas para prejudicar terceiros. Assim, é fecl, abusivo o ato do proprietário que, com o fim de prejudicar o vizinho, Jos ergue enorme chaminé em seu prédio, tão-só para deitar sombra sobre o do confrontante; também o é o daquele que, podendo colher ato água bastante em poço pouco profundo, escava desmedidamente o ser o seu, para privar de água os proprietários lindeiros¹.

Muitos escritores entenderam que a idéia de abuso de direito não co podia circunscrever-se apenas aos atos praticados por espírito de emu- não lação. Assim, aos poucos, julgados a ampliaram, para admitir como do, abusivos aqueles atos que, embora sem a intenção de prejudicar, cau- P savam dano em virtude de o titular usar seu direito

de maneira inconsiderada. E ainda aqueles outros em que o direito é usado sem interesse legítimo. Josseland menciona a popularidade

de tal concepção e informa que a mesma se inspira na célebre definição de Ihering, segundo a qual os direitos são interesses juridicaiucute protegidos.

Aliás, observa Coaxo. que Geio formulava uma teoria geral de abuso de direito quando, para justificar a interdição dos pródigos

e a proibição dos senhores de martirizar seus escravos, proclamava que não se deve usar mal seu direito: inale cuim mostro

jure uti Piou dehemus. De resto, toda história do direito romano, que parte da rigidez do direito quiritário para se modificar

enonmemente com o direito pretoriano, é uma demonstração de que a evolução vem informada pela mesma idéia de equidade que

inspira a teoria do abuso de direito.

Se a concepção se ofuscou, em parte, na Idade Média, vemo-la ressurgir na Renascença, pois a vocação para a equidade é o ponto de partida na interpretação das regras do direito costumeiro. Mais tarde, DoMAT (Lois civiles, Liv. 11, Tít. 8º, sec. 3ª, n. 9) faz aplicação da mesma regra de conduta, decidindo que o proprietário pode ser responsável se modifica sua propriedade com o fito único de prejudicar terceiro, sem utilidade para si, pois, neste caso, ocorreria malícia que a equidade não pode admitir. Será essa mesma idéia de injustiça que levará Vor-1AIRE a proclamar em seu verso célebre que "un droit porte trop loin deviam une injustice". Explica DE, 40cuE (Traité... cit., v. 4, n. 634) a razão por que a idéia de abuso de direito encontrou um declínio logo após a promulgação do Código Civil francês de 1804. Nesse momento acreditava-se que os textos bastavam para resolver todos os problemas e, como se estava "en plein triomphe das idées individualistas", seria difícil admitir a relatividade de um direito subjetivo.

#321

As faculdades são conferidas ao homem tão-só para a satisfação de seus interesses legítimos. Se há interesse legítimo, não há abuso e o titular pode responder, vitoriosamente, à vítima lesada por seu ato, feci, sed jure feci. Se tal interesse não se apresenta, o ato é abusivo. Josserand fornece numerosa relação de julgados de tribunais franceses e belgas acolhendo referida concepção e condenando por abusivo ato praticado pelo titular no exercício de seu direito, em vista de não ser o ato provocado por um interesse respeitável. Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. Tal idéia, parece-me, é a adotada pelo legislador brasileiro, ao preceituar no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que: "Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

166. Atos praticados em estado de necessidade

Não constitui ato ilícito a destruição ou deterioração de coisa alheia a fim de remover perigo iminente (CC, art. 188, 11). É a hipótese do ato praticado em estado de necessidade, em que, não havendo outro meio para evitar mal maior, sacrifica-se um valor patrimonial de terceiro, para impedir catástrofe. É o caso da destruição de um prédio onde surgiu incêndio, para salvar o quarteirão; ou do sacrifício de um automóvel alheio, para salvar vida humana.

Ordinariamente, o ato seria ilícito, porque ninguém pode destruir um bem alheio, mas, dadas as circunstâncias e tendo em vista a finalidade que o inspirou, a lei declara lícito. Dessa maneira, quem mata um cão de outrem pratica ato ilícito, mas, se o animal se encontra atacado de hidrofobia, ameaça morder outras pessoas, o ato de quem o eliminou passa para o campo da liceidade, porque teve por escopo evitar perigo iminente. Assim julgou o Tribunal de São Paulo (RT, 180 / 226).

Esta Corte decidiu, também, outra hipótese característica (RT, 163 / 642). Um mecânico despejava gasolina no carburador de um automóvel quando o chofer acionou estabandamente a partida, #322

deitando fogo à essência. O mecânico lançou à rua a lata que tinha em mãos, para evitar que o incêndio se propagasse por toda a garagem, porém seu ato provocou a destruição de pequena carroça que passava pelo local. Entendeu-se que o ato danoso foi praticado em estado de necessidade e, portanto, não era ilícito.

A lei, entretanto, fixa dois requisitos para que o ato escape à censura de iliceidade. Impõe: a) que as circunstâncias o tornem absolutamente necessário; b) que não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A proclamação de não constituir ato ilícito, todavia, não resolve, de vez, o problema, pois uma questão remanesce, demandando

resposta: Quem sofre o prejuízo ocorrido na hipótese acima figurada?

O art. 930 do Código Civil trata da matéria determinando que, se o dono da coisa destruída ou deteriorada não for culpado

do perigo, o autor do dano o reparará, cabendo-lhe, entretanto, ação regressiva contra o terceiro que o causou. Portanto,

embora a lei declare não ser ilícito o ato praticado em estado de necessidade, sujeita seu autor a reparar o prejuízo causado".

#324

CAPÍTULO IX

DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

SUMÁRIO:

167. Introdução.

168. Conceito.

169. Fundamento.

170. Requisitos da prescrição.

171. Diferença entre prescrição e decadência.

172. Disposições gerais sobre a prescrição: A) renúncia; B) necessidade e momento de ser alegada; C) a prescrição e as pessoas privadas da administração de seus bens.

173. Diferença entre suspensão e interrupção da prescrição.

174. Casos em que o curso da prescrição não se inicia ou se suspende.

175. Da interrupção da prescrição.

176. Quem alega e a quem alcança a interrupção da prescrição.

177. A prescrição e a Fazenda Pública.

178. Prazos de prescrição.

167. Introdução

Dentro do Livro 111 da Parte Geral do Código Civil, o legislador, depois de disciplinar no Título I o

negócio jurídico, no Título II os atos jurídicos lícitos e no III os atos ilícitos, consagra o Título IV à prescrição e

decadência.

Aqui encontramos a influência do elemento tempo no âmbito do direito. Nessa matéria, mais do que em qualquer outra relação

jurídica, a interferência desse elemento é substancial, pois existe um interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas

situações que se prolongaram no tempo. De fato, dentro do instituto da prescrição, o personagem principal é o tempo.

Por dois modos ele vai interferir nas relações jurídicas. De um lado, o legislador vai deferir, à pessoa que desfruta de

um direito por extenso período de tempo, a prerrogativa de incorporá-lo ao seu patrimônio; neste caso, temos a prescrição

aquisitiva, ou seja, o usucapião. De outro, vai determinar que o indivíduo que longamente deixou de exercer uma ação que

resguardava um seu direito subjetivo perca a prerrogativa de utilizá-la; nesta hipótese, temos a prescrição extintiva. Num

e noutro caso encontramos o elemento tempo a interferir na esfera das relações individuais, quer corroborando para se cons-

#325

para a defesa de um direito violado, seu titular se conforma com a situação de fato decorrente, e o ordenamento jurídico,

ansioso por estabelecer condições de segurança e harmonia na vida social, permite que tal situação se consolide".

Aliás, na prática, pouca diferença faz que seja o direito ou a ação o que perece, pois, desmunido de seus elementos de defesa,

o direito perde quase inteiramente sua eficácia.

Assim, por exemplo, se o devedor foge à lei do contrato e não paga o seu débito, o ordenamento jurídico confere ao credor

ação judicial para cobrá-lo; mas, se este, por um espaço de dez anos, mantém-se inerte e não ajuíza a ação, perde o direito

de fazê-lo, ficando a outra parte liberada de sua obrigação, que não mais pode ser exigida.

Outro exemplo: os médicos, advogados

e engenheiros têm direito de cobrar seus honorários por ação judicial, se os clientes recusarem a pagá-los; mas, se, dentro

do prazo que a lei lhes comina, não formalizarem a demanda, perdem a prerrogativa de fazê-lo, porque há um interesse social

em não permitir que as pendências fiquem sempre em aberto, e a incerteza reine em todos os campos.

Em ambas as hipóteses, o que pereceu foi a ação de que o titular do direito estava munido e com a qual o podia defender,

e não o próprio

#326

direito. Mas, na realidade, desprovido da ação o direito perde sua eficácia, pois não se faz acompanhar da força coativa que lhe empresta o Estado.

Observando historicamente o instituto, vê-se a importância de seus dois requisitos elementares, isto é, a inércia do titular e o transcurso do tempo.

No direito romano primitivo, as ações eram perpétuas⁴ e o interessado a elas podia recorrer a qualquer tempo. A idéia de prescrição surge no direito pretoriano, pois o magistrado vai proporcionar, às partes, determinadas ações capazes de contornar a rigidez dos princípios dos jus civile.

Tais ações, entretanto, eram conferidas para ser exercidas dentro do período de um ano (annus utilis) e, ultrapassado esse prazo, o réu podia ilidir os efeitos da demanda por meio da exceção praescriptio temporis; nela alegava a carência da ação por parte do autor, por não havê-la ajuizado em tempo adequado; a demonstração de tal circunstância o liberava do processo.

Já na época imperial prevalece a idéia de que as ações reais sobre bens imóveis prescrevem quando não propostas dentro de dez anos entre presentes, ou, de vinte anos, entre ausentes. É a chamada praescriptio longissimi temporis. Posteriormente, uma constituição de Teodósio determinou que todas as ações, fossem quais fossem, prescreveriam dentro do prazo de trinta anos. É a prescrição longissimi temporis⁸.

169. Fundamento

Os escritores divergem ao buscar um fundamento para a prescrição. Dentre as várias concepções, entretanto, algumas se destacam e merecem realce, pois de seu exame resulta uma compreensão melhor do instituto e, ademais, todas oferecem um subsídio que compõe o seu conceito.

Já se sustentou que o não-uso da ação por parte do titular traz uma presunção irrefragável de extinção do direito. Tal idéia se encontra não só entre escritores antigos, como Savigny⁹, mas também entre autores modernos, tais como Colin e Capitant¹⁰.

Mourlon assim a expõe:

#327

"(A prescrição liberatória) funda-se na presunção de que quem cessa de exercer um direito, remanescendo na inação por muitos anos, foi dele despojado por alguma justa causa de extinção; que o credor que permanece tão longamente sem exigir seu crédito é porque foi pago, ou o remitiu".

Não são poucos, por outro lado, os que justificam a prescrição na idéia de um castigo imposto à inércia do titular do direito, que o perde por sua própria culpa. Na realidade e indiretamente, a lei o priva de um direito, por lhe negar, a final, a ação que ele, em tempo, não quis exercer.

A maioria dos escritores, entretanto, fundamenta o instituto no anseio da sociedade em não permitir que demandas fiquem

indefinidamente em aberto; no interesse social em estabelecer um clima de segurança e harmonia, pondo termo a situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, venham a ser propostas ações reclamando direitos cuja prova de constituição se perdeu no tempo.

Sem a prescrição, o devedor deveria guardar todos os recibos de quaisquer importâncias pagas; caso contrário, a qualquer tempo, ser-lhe-ia exigido novo pagamento, que ele só ilidiria mediante a exibição da quitação. Sem a prescrição, a pessoa deveria manter-se em estado de intranquilha atenção, receando sempre um litígio baseado em relações de há muito transcorridas, de prova custosa e difícil, porque não só a documentação de sua constituição poderia haver-se extraviado, como a própria memória da maneira como se estabeleceu estaria perdida.

Com efeito. Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não pairasse, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi; 1'.

"Lorsque le titulaire d'un droit est resté trop longtemps sans l'exercer il a beau de présumer que son droit est éteint"

(Cours..., cit., t. 11, p. 131).

#328

Portanto, embora haja um interesse considerável do devedor em ver a prescrição operar, igual e direto é o interesse da sociedade em sua eficácia, pois representa um elemento de estabilidade que cumpre preservar. Daí entender-se que as normas sobre a prescrição são de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de ser derogadas por convenção entre os particulares.

Ver-se-á tal fato logo mais. Mas, desde logo, pode ficar assentado que, em virtude do caráter cogente das normas sobre a matéria: a) os particulares não podem ajustar sobre a imprescritibilidade de qualquer direito; b) não podem prorrogar os prazos de prescrição; c) não podem a ela renunciar, antes que se consume.

170. Requisitos da prescrição

Dois são os requisitos elementares para que se processe a prescrição. Em primeiro lugar, a inação do titular do direito; em segundo, o transcurso do tempo.

Embora a prescrição se inspire nessa noção de segurança e estabilidade das relações sociais, ela também se justifica na

idéia de que, se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo seu desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico. Não há injustiça em privá-lo de uma prerrogativa, pois ele foi o primeiro a desprezá-la. De maneira

que, para a prescrição se consumir, indispensável se faz a atitude inerte do titular do direito.

Ademais, requer-se o transcurso de um período de tempo fixado na lei. Veremos que o legislador preceituou uma longa relação de prazos variáveis, para um grande número de ações diversas, indo de um até dez anos. Os casos não mencionados seguem a regra geral contida no art. 205 do Código Civil.

Notar-se-á que tais prazos são variáveis, não raro seguindo a importância da hipótese determinada, a facilidade de exercício da ação etc.

#329

A prescrição tem seu início no momento em que a ação poderia ter sido proposta. Com efeito, como a prescrição consiste na perda da ação conferida a um direito pelo seu não-exercício num intervalo dado, é evidente que não pode começar a fluir o prazo antes de se deferir o direito de ajuizar o feito.

171. Diferença entre prescrição e decadência

O Código Civil de 1916 não falava em decadência ou caducidade de direitos, só se referindo à prescrição; mas era unânime a doutrina e torrencial a jurisprudência no admitir que vários dos casos disciplinados no Código Civil sob aquela rubrica são de caducidade. O Código Civil de 2002 tem um capítulo sobre a decadência.

Fácil estabelecer a diferença entre prescrição e decadência, quanto aos efeitos, pois, enquanto a prescrição é suscetível de ser interrompida e não corre contra determinadas pessoas, os prazos de decadência fluem inexoravelmente contra quem quer que seja, não se suspendendo nem admitindo interrupção.

Assim, por exemplo, o credor contra quem se iniciou o curso da prescrição pode interrompê-la se não quiser encetar desde logo a cobrança do crédito, dadas as precárias condições atuais de seu devedor. Mas o prazo da propositura da ação para anular o casamento de quem o contraiu por vício da vontade (art. 1.556) é de três anos (art. 1.560, 111). O interessado ou a propõe nesse prazo ou perde o direito de fazê-lo. Porque tal prazo é de decadência, não pode ser interrompido e flui inexoravelmente.

Se é fácil a distinção quanto aos efeitos, difícil tem ela se mostrado quando se procura estabelecê-la, tendo em vista a natureza ou essência de cada uma das instituições.

A mais corrente, e decerto a mais sábia, é a distinção baseada na idéia de que na prescrição o que perece é a ação que garante o direito, enquanto na decadência é o próprio direito que fenece. Mais efetivo, entretanto, é o critério que, partindo desse pressuposto, separa a decadência da prescrição tendo em vista a origem da ação. Quando a ação e o direito têm origem comum, trata-se de prazo de caducidade. Assim é no exemplo, acima referido, do prazo concedido ao interessado para anular o casamento

contraído por erro essencial sobre a pessoa de seu consorte, pois o direito de anular aquele casamento nasce ao mesmo tempo que a ação para anulá-lo.

#330

Porém, se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição. Desse modo, o intervalo concedido ao autor para exercer ação contra o violador de sua obra literária é de prescrição, porque o direito autoral já existia quando foi lesado e só da lesão é que resulta a ação'6'.

Tal idéia se encontra, igualmente, defendida por Camara Leal. Ele a expõe nestes termos:

„a) a prescrição supõe uma ação, cuja origem é distinta da origem do direito, tendo, por isso, um nascimento posterior

ao nascimento do direito;

b) a decadência supõe uma ação, cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isso, simultâneo o nascimento de ambos"".

A controvérsia continua aberta e não são raras as dúvidas sobre se um determinado prazo é de decadência ou de prescrição.

O que parece certo é que todas as hipóteses que se referem às relações de direito de família são de caducidade, e não de

prescrição". Mas outras haverá de decadência, fora do âmbito do direito familiar.

Parece-me que um critério prático interessante é o do interesse social. Quando, do exame de uma hipótese, convencer-se o

intérprete ser inadmissível a suspensão ou interrupção do curso do prazo, por colidir com o interesse da sociedade a manutenção

em aberto daquela ameaça de ação, o prazo é de decadência. Nas outras hipóteses, é de prescrição`.

Depois de analisar os critérios que têm sido apresentados, examina a classificação dos direitos de Cn0VEM)A. Segundo este,

mister separar (a) os direitos que envolvem uma prestação, isto é, os direitos reais (prestação negativa) e os direitos

personais (dar, fazer ou não fazer alguma coisa), (b) dos direitos potestativos, isto é, dos poderes que a lei confere à pessoa

de influir, com declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outros, sem o concurso da vontade destes. São exemplos

de direitos potestativos: o poder de o mandante revogar o mandato, o poder do

#331

condômino de promover a divisão, o poder de promover a anulação dos atos anuláveis, o poder do sócio de promover a dissolução

da sociedade, o poder do contratante pontual de promover a rescisão do contrato inadimplido (CC de 1916, art. 1.092, parágrafo

único).

Os direitos potestativos se caracterizam porque o estado de sujeição que o exercício deles cria para a outra pessoa independe

da vontade e pode mesmo contrariar o desejo desta pessoa; e, ainda, porque eles são insuscetíveis de violação.

A concepção dos direitos potestativos induziu a uma nova maneira de classificar as ações, em três grupos principais: condenatórias,

constitutivas e declaratórias.

Na ação condenatória pretende o autor obter do réu uma determinada prestação, de modo que os direitos potestativos não podem jamais dar lugar a uma condenação.

A ação constitutiva (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico ou a modificação, ou extinção, de um estado jurídico anterior.

Essas duas ações correspondem aos dois grupos de direitos acima referidos. As ações condenatórias são meio de proteção dos direitos suscetíveis de violação (direitos a uma prestação); e as ações constitutivas são meio de exercício daqueles direitos suscetíveis de violação (direitos potestativos).

Quanto às ações declaratórias, têm elas por objetivo conseguir uma certeza jurídica. Examinando o instituto da prescrição, o Prof. AcxELo AmORIM FILHO conclui que ela só inicia o seu curso a partir da violação do direito, a qual dá o direito a uma ação que reclama uma prestação. Ora, só as ações condenatórias pretendem alcançar uma prestação e só os direitos a uma prestação ensejam uma ação condenatória. Portanto, só as ações condenatórias e todas as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição.

Para testar sua afirmativa, o autor desce ao estudo dos casos de prescrição contidos no art. 178 do Código de 1916 e verifica

que todos eles se referem a ações condenatórias, que protegem direitos a uma prestação. Refere-se, ainda, ao art. 177 do

Código de 1916, que fixa prazos gerais de prescrição, referentes apenas às ações reais e pessoais; e mostra que as ações

condenatórias são as únicas que comportam subdivisão em ações reais e ações pessoais. Por conseguinte, conclui, o mencionado art. 177 se aplica unicamente às ações condenatórias.

Cuidando dos fundamentos e dos efeitos da decadência, o escritor parte do princípio de que o direito é inesgotável, tendo duração perpétua.

Mas há certos direitos cujo exercício afeta a esfera jurídica de terceiros, criando para eles um estado de perturbação. São os direitos potestativos. Criam situação de intranquilidade para o sujeito e, por vezes, para a sociedade. Assim, surge a necessidade de estabelecer prazo para o exercício de alguns desses direitos, isto é, daqueles direitos potestativos capazes de perturbar a paz social. O prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito.

Para alguns direitos a lei não achou necessário fixar um prazo especial de exercício e, por isso, para eles prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou perpetuidade, pois não há (o art. 177 do Código de 1916

(205 do Código atual) só se refere aos direitos à prestação) dispositi

vo estabelecendo, no plano geral, prazo de extinção dos direitos potestativos. a

Aqui chega à segunda conclusão: os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos

potestativos e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas, que têm prazo especial de exercício fixado em lei.

Não estão sujeitas à prescrição nem à decadência as ações declaratórias porque nelas só se busca obter uma arte jurídica.

Desse modo, conclui este esplêndido estudo:

1. Estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias e somente elas.
2. Estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem) as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei.
3. São perpétuas (imprescritíveis):

A) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e todas as ações declaratórias.

#332

172. Disposições gerais sobre a prescrição: A) renúncia; B) necessidade e momento de ser alegada; C) a prescrição e as pessoas privadas da administração de seus bens - Sob a rubrica de Disposições Gerais cuida o legislador, em primeiro lugar, da renúncia à prescrição.

A) Renúncia - Renúncia à prescrição é o ato pelo qual o prescribente se despoja do direito de invocá-la. Ela pode ser expressa ou tácita, mas depende de dois pressupostos: a) que dela não decorra prejuízo para terceiro; b) que já se haja consumado.

Com efeito, se o prescribente, por exemplo, renunciando à prescrição, prejudica um credor, o ato não ganha validade. A renúncia à prescrição equivale a uma liberalidade, pois afasta do patrimônio do renunciante uma prerrogativa. Não pode, por conseguinte, praticar liberalidade quem, para fazê-lo, sacrifica direitos de terceiros.

Ademais, só se admite a renúncia à prescrição após sua consumação, isto é, não podem as partes convencionar, desde logo, que a ação conferida ao credor é imprescritível. A prescrição interessa diretamente à ordem pública, é editada para atender um fim de harmonia e paz social, imposto pela ordenação jurídica, de sorte que não pode ser ilidida pela convenção entre particulares.

Aliás, se tivermos em vista que geralmente é o credor quem dita a lei do contrato, se considerarmos que a renúncia antecipada à prescrição só a ele beneficia, há que se concluir que, não fosse a proibição legal, todos os contratos conteriam a cláusula de renúncia da prescrição, que se tornaria disposição de estilo.

Por conseguinte, a lei veda a renúncia quando ainda em curso, ou quando não iniciada a prescrição. Permite-a, entretanto, após se haver consumado, porque então as vantagens dela decorrentes já se incorporaram ao patrimônio do devedor, e não se pode impedir alguém, capaz, de fazer uma liberalidade.

Problema colateral é o de saber se os prazos da prescrição podem ser aumentados ou diminuídos por convenção das partes.

O aumento antecipado do prazo é, no entender unânime da doutrina, proibido, já que equivale a uma renúncia da prescrição.

Mas, quanto à redução desse prazo, não é pequena a controvérsia na doutrina e na jurisprudência 117, pois, ao ver dos partidários da opinião afirmativa,
#333

o encurtamento do interstício prescricional coincide com o interesse público, que é o de impedir que as ações não ajuizadas perdurem longa ou indefinitivamente, com ameaça à harmonia social. Nos tribunais aparecem julgados num e noutro sentido. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal nestes termos:

"A diminuição do prazo da prescrição é permitida, pois não colide com a ordem pública, antes se ajusta à finalidade da prescrição, sem ofensa alguma aos interesses da coletividade..." (Revista de Direito, 113/293).

A mesma Corte também já se pronunciou em sentido contrário (Arquivo judiciário, 50/376)161.

Prefiro a opinião conservadora, no sentido de não se permitir o encurtamento do prazo prescricional por avença entre as partes. Tratando-se de matéria de ordem pública, parece-me que as disposições legais são inalteráveis por ajuste entre particulares.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso, como ato unilateral que é, a renúncia se revela através de uma declaração autêntica, não sujeita à forma especial.

A renúncia tácita se caracteriza quando o devedor, ciente de que contra si já se consumou a prescrição, pratica algum ato ostensivo, que envolve o reconhecimento do direito prescrito. Os exemplos mais característicos são os de pagamento da dívida, de oferta de garantia para assegurar seu pagamento, ou de solicitação de prazo para pagamento. Julgou o Tribunal de São

Paulo que:

"Da prescrição argüida (...) não é dado conhecer por isso que o executado confessou no seu depoimento pessoal que, antes de ajuizar a causa, pleiteou, perante a autoridade municipal, prazo para solver os impostos e demais contribuições de que era devedor. Ora, considera-se que o prescribente renuncia tacitamente à prescrição quando, entre outros casos, implora prazo para pagar dívida já prescrita" (RT,151 / 110)".

#334

A meu ver, a renúncia tácita precisa ser veemente, isto é, não pode deixar margem a dúvida quanto à intenção do prescribente de despojar-se do benefício da prescrição. Havendo dúvida deve-se excluir a hipótese de renúncia, porque ela não é a regra, mas sim a exceção.

B) Necessidade e momento de ser alegada - Representando a prescrição um benefício concedido a uma pessoa, o juiz só pode decretá-la se expressamente invocada. Verdade que, como a matéria é de ordem pública, o legislador devia impor ao juiz o dever de proclamar extinta a ação, cada vez que encontrasse provado o transcurso do prazo prescricional. Beviláqua 4'11

explica o motivo dessa omissão da lei, pois entende que, além da regra *invitum non datur beneficium*, deve o direito respeitar o escrúpulo de consciência daquele que não quer libertar-se da dívida, por não a ter podido pagar em determinado tempo.

A lei faculta ao prescribente alegar a prescrição em qualquer instância (CC, art. 193), o que vale dizer que o interessado pode aduzi-la, em forma de exceção⁴, na primeira ou em superior instância, na ação ou na execução.

Beviláqua⁴ ensina que a regra se funda "na consideração de que se essa defesa não foi, desde o primeiro momento, invocada, foi naturalmente porque o prescribente confiava nos outros meios; mas esse modo de proceder não pode tirar à prescrição o seu efeito" 473.

C) A prescrição e as pessoas privadas da administração de seus bens - Em matéria de prescrição, a lei protege os absolutamente incapazes de maneira incisiva. Com efeito, determina que contra eles não corre o prazo prescricional, de modo que, ou o curso do mesmo não se inicia, ou então se suspende, se já se houver iniciado. Quanto aos relativamente incapazes, ou quanto àquelas pessoas que não se encontram na administração de seus bens, a lei não vai tão longe e, permitindo

#335

que a prescrição contra eles se consume, procura lhes preservar o patrimônio, conferindo ação regressiva contra seus representantes.

Assim, se o tutor do menor púbere permite, culposamente, que uma ação de que este é titular prescreva, deve indenizar o incapaz do prejuízo experimentado. Se o curador do silvícola não cobra, em tempo adequado, crédito do qual este era credor, deve ressarcir-lo da importância que deixou de receber, compondo, dessa maneira, o dano experimentado pelo incapaz.

173. Diferença entre suspensão e interrupção da prescrição

Diz-se consumada "a prescrição quando se completa o curso do prazo determinado na lei para sua efetivação. De modo que o não-exercício pelo credor de uma ação pessoal durante dez anos, por exemplo, conduz à sua prescrição. Pode ocorrer entretanto que, por força da lei, o curso do prazo não se inicie, ou que, iniciado, se suspenda.

Com efeito, a lei, tendo em vista a proteção de determinadas pessoas, ou a ocorrência de circunstâncias especiais, impede que o prazo da prescrição comece a fluir, ou então, se a sua fluência já se encetou, ordena que se suspenda.

Assim, por exemplo, se vencer um título do qual é credor o embaixador do Brasil em Roma, a lei não permite que contra ele se inicie o curso da prescrição. Sua inércia em não promover a cobrança do título não se atribui à sua negligência, mas ao fato de estar ocupado com serviços da pátria, no exterior. De modo que, para protegê-lo, a lei expressamente determina

que não corre a prescrição contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (CC, art. 198, 11).

Noutros casos, como disse, a prescrição já iniciada suspende o seu curso, tendo em vista idênticas considerações. Se o credor contra quem se encetara o curso da prescrição morre, deixando filhos menores, e se o juiz nomeia tutor destes o devedor do falecido, a prescrição iniciada se suspende, para recomeçar a fluir somente quando os menores se emanciparem. Nessa hipótese, há um interesse do incapaz a ser protegido e seria absurdo permitir que, sendo o tutor devedor do pupilo, pudesse beneficiar-se com a prescrição do débito, decorrente de sua própria inércia. Para evitar tal situação, a lei estabelece que não corre a prescrição entre tutelado e tutor (CC, art. 197, 111).

#336

Note-se que no primeiro caso o curso da prescrição não se iniciou e no segundo ele se suspendeu após se haver iniciado.

Em ambos, entretanto, isso independeu da vontade do credor, prescindiu de qualquer iniciativa de sua parte, pois referida consequência advém da lei.

Figure-se agora uma outra hipótese. Imagine-se que o credor, após o vencimento da obrigação, verifique ser inócuo cobrá-la naquele instante, pois precária é a situação do devedor, que decerto não poderá cumpri-la.

Todavia sua inércia pode conduzir à prescrição, de maneira que, durante o fluxo do prazo prescricional, toma ele uma daquelas atitudes a que a lei empresta o efeito de interromper a prescrição. Assim, por exemplo, recorre ao protesto judicial, através da citação do devedor, revelando desse modo que não se resigna a ver consumada a prescrição. Tal atitude tem por efeito interromper o curso da prescrição.

Interrompido, o prazo da prescrição começa a correr novamente, ficando sem efeito o período até então transcorrido. A interrupção da prescrição só pode ocorrer uma vez (CC, art. 282).

A interrupção da prescrição envolve um comportamento ativo do credor, supõe uma iniciativa de sua parte, demonstrando que, em vez de inerte e negligente, mantém-se alerta e interessado na preservação de seu direito. Além dessa, outra diferença fundamental entre a suspensão e a interrupção da prescrição está em que naquela o prazo transcorrido antes de suspensa a prescrição aproveita ao devedor, pois, reiniciado o seu curso, aquele se adiciona ao novo; enquanto na interrupção da prescrição o prazo que fluiu até a data da interrupção é como se não tivesse existido, começando a correr novamente. Assim, por exemplo, se um dos nubentes é credor do outro por um título vencido, o casamento suspende o curso da prescrição (CC, art. 197, 1). Mas, ocorrendo o divórcio, a prescrição reinicia o seu curso, e o período anteriormente transcorrido se adiciona ao prazo que recomeçou a fluir. Ao contrário, entretanto, se se tratar de interrupção da prescrição.

Se o credor já havia deixado transcorrer um intervalo de nove anos e onze meses antes de interromper a prescrição decenária, mas fê-lo, afinal, a um mês de sua consumação, o prazo se reinicia e perdurará por outros dez anos, sem que o período anterior beneficie o devedor.

Em suma, enquanto a prescrição se suspende por força de disposição da lei em casos determinados e, ao reiniciar seu curso, o prazo anteriormente transcorrido aproveita ao devedor, a interrupção da
#337

prescrição é o ato deliberado do credor pelo qual, lançando mão de forma adequada, torna sem efeito o prazo já transcorrido.

174. Casos em que o curso da prescrição não se inicia ou se suspende

A lei cuida conjuntamente das causas que impedem ou suspendem a prescrição. A meu ver, fá-lo bem, pois não há mister de distinguir coisas de idêntica natureza. Quando o prazo da prescrição ainda não começou a fluir e ocorre uma das causas impeditivas mencionadas na lei, ele não se inicia; se tal prazo já vinha transcorrendo quando adveio a mesma causa, seu curso se suspende. Assim, por exemplo, se o credor já era absolutamente incapaz ao tempo do vencimento da obrigação, o curso do prazo prescricional não se inicia; se tal prazo já começara a correr quando o credor se tornou incapaz, seu fluxo se suspende, até cessar a causa impeditiva.

O Código Civil enumera em três artigos as hipóteses de suspensão da prescrição. No primeiro, art. 197, tem em vista pessoas ligadas entre si por determinado vínculo jurídico, o qual dificultaria ou impediria a uma delas a defesa de seu direito; por isso ordena a lei que, durante a vigência de tal estado de coisas, o prazo de prescrição não transcorra.

a) É o que acontece no caso dos cônjuges, na constância do matrimônio. A propositura de ação judicial por um contra o outro seria fonte de invencível desarmonia conjugal. Além disso, é provável que a influência do cônjuge impedisse seu consorte de ajuizar a ação, a qual, por conseguinte, se extinguiria inexoravelmente pela prescrição. Determina a lei, portanto, que durante o casamento não corre a prescrição` 71.

b) Durante o pátrio poder o filho sofre marcada influência dos pais, que o representam enquanto impúbere e o assistem enquanto púbere. Seria inconveniente se permitir que, para a preservação de seus direitos, se vissem os filhos obrigados a recorrer à ação judicial,
#338

sob pena de prescrição. Portanto, a lei impede o curso do prazo prescricional entre eles.

c) Igual reflexão é, em parte, cabível na relação estabelecida pela tutela ou pela curatela. Tutor e curador devem, por definição, zelar pelos interesses de seus representados, de sorte que, para evitar descuidem desses interesses, quando conflitarem

com os próprios, a lei suspende o curso da prescrição das ações que porventura uns tenham contra os outros. Se o tutor fosse devedor do pupilo, poderia, caso não houvesse a regra em comentário, alforriar-se da obrigação apenas deixando transcorrer o prazo da prescrição sem cobrar-se a si mesmo. Isso, como vimos, a lei impede. No art. 198 o Código Civil ordena que não corra a prescrição contra certas pessoas que, em virtude de uma circunstância a elas peculiar, não poderiam, zelosa e diligentemente, defender seus interesses. Refere-se, por primeiro, aos absolutamente incapazes. É uma outra maneira de os proteger. Se são titulares de um direito, ainda que o não defendam mediante ação judicial, esta não prescreve, pois o prazo, que a final a consumiria, só começa a fluir depois que ultrapassarem a incapacidade absoluta.

Ademais, não corre a prescrição contra aqueles que, a serviço da pátria, encontram-se fora do Brasil, bem como contra os que estiverem incorporados às Forças Armadas, em tempo de guerra. Tais pessoas decerto têm sua atenção de tal modo ocupada com os negócios do País, que não encontram tempo para cuidar dos próprios. Assim, é apenas justo que não vejam perecer seus interesses, em virtude do curso da prescrição.

O art. 199 do Código Civil, como bem aponta Beviláqua", é supérfluo. Nas hipóteses aí consagradas, a prescrição não corre, como de fato não poderia correr, porque não existe ação para exigir o cumprimento da obrigação. No caso do direito condicional, ele ainda não se considera deferido. Por igual, se o direito se encontra sujeito a um termo suspensivo, não é ele exigível.

E, finalmente, se ainda pende ação de evicção, não se confere ao eventual evicto a ação contra o vendedor, para pleitear a restituição do preço. Nesse sentido é a lição de Camara Leal:

#339

"Enquanto pende a ação de evicção, não havendo ainda uma sentença definitiva que determine ao evicto a perda da coisa, este não poderia exigir ao alienante a restituição do preço e indenização por perdas e danos"⁴⁷.

175. Da interrupção da prescrição

Mostrei que a suspensão da prescrição independe de um comportamento ativo das partes, pois é a lei que a determina, de maneira que opera automaticamente.

Os casos de interrupção da prescrição, entretanto, envolvem, em regra, uma atitude deliberada do credor. Essa atitude só é dispensada quando, em virtude de um comportamento inequívoco do devedor, reconhecendo a plenitude do direito daquele, torna-se supérfluo interromper a prescrição.

O art. 202 do Código Civil enumera seis diferentes atos pelos quais se interrompe a prescrição. Os cinco primeiros dependem da iniciativa do credor e o derradeiro a dispensa, por supérflua, em virtude do reconhecimento indubitável da relação jurídica pelo devedor.

Vimos que, entre os pressupostos da prescrição, figura a inércia do credor. De modo que, se, pelo contrário, ele se revela solerte e atento na preservação de seu direito, a prescrição não se consuma, pois carece daquele pressuposto fundamental.

Entretanto, tal solércia precisa manifestar-se através de uma das maneiras enumeradas nos primeiros incisos do art. 202.

Se isso ocorrer, a prescrição se interrompe, para reencetar seu curso no minuto seguinte ao da interrupção (CC, art. 202, parágrafo único).

Vejam as várias formas de interrupção da prescrição:

a) A prescrição se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente (CC, art. 202, 1).

Tal preceito foi modificado pelo art. 166, § 2º, do Código de Processo Civil de 1939.

Hoje se encontra ele refundido pelo art. 219 do Código de 1973, na forma que lhe deram as Leis n. 5.925, de 1º de outubro de 1973, e 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Transcrevo aquele dispositivo bem como seus parágrafos:

#340

"Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada

por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada

pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º -- Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a

prescrição.

§ 5º -- Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.

§ 6º -- Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento".

De maneira que o despacho que a ordena, e não a citação propriamente dita, é que tem o condão de interromper a prescrição.

Todavia sua eficácia fica dependendo de a citação efetuar-se no prazo concedido pela lei.

A citação judicial do réu, através das providências que exige, revela a deliberação do autor de fazer valer seu direito,

demonstrando, por conseguinte, que em vez de negligente e desinteressado encontrase atento na defesa de seu interesse.

A lei admite que tal efeito se alcance ainda que a citação seja ordenada por juiz incompetente. Breno Fischer⁴⁷⁷ aponta

distinção feita por alguns julgados entre citação requerida perante juiz incompetente e citação ordenada por juiz incompetente.

Não se beneficia com a regra quem, conscientemente, a fim de à última hora salvar-se de uma prescrição prestes a se consumir

por sua desídia ou negligência, requer a interrupção da prescrição perante o primeiro juiz que encontra. Se o credor de uma prestação em dinheiro, devida por pessoa maior, requer perante o juiz de órfãos a #341 interrupção do lapso prescricional, a citação por este ordenada não interrompe a prescrição. Todavia, se de boa-fé requer, perante juiz aparentemente competente, mas que depois se apura não o ser, vale a citação, pois a dúvida possivelmente se justificava, não ocorrendo negligência ou desídia; de modo que a hipótese se enquadra no inciso 1 do art. 202 do Código Civil.

Mas, para que a citação interrompa a prescrição, é mister que se revista de validade intrínseca, pois a prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma ou por se achar perempta a instância ou a ação.

Dois problemas, apontados pelo eminente Washington de Barros Monteiro", merecem ser focalizados. O primeiro se refere à questão do processo anulado e à de saber se a citação aí levada a efeito pode interromper a prescrição. Responde o professor afirmativamente, a menos que a nulidade tenha sido pronunciada precisamente por defeito de forma na citação¹⁷¹.

O segundo concerne à eficácia da citação efetuada em processo de que foi o réu absolvido da instância. O festejado jurista, anotando a existência de julgado que espousa opinião diversa (RT, 141 /93), sustenta que, decretada a absolvição da instância, prejudicada fica a interrupção da prescrição, pois, se a dita absolvição torna sem efeito o processo, que só se reabre com citação nova, não pode interromper a prescrição o ato citatório ali realizado (cf. julgados na RT, 235/603-238/ 618; e na RF, 167/157).

Data venia dirijo desse entendimento, pois parece-me que as mesmas razões que militam em relação à citação em processo nulo, a qual, não obstante a nulidade, interrompe a prescrição, encontram-se em face da citação em processo do qual foi o réu absolvido da instância. Em ambos os casos, a citação demonstra a solércia do credor, tomando uma atitude ativa que contraria a idéia de negligência, necessária para caracterizar a prescrição.

b) A prescrição se interrompe pelo protesto (CC, art. 202, 11). Como a lei acrescenta a locução nas condições do número anterior, entende a doutrina que o legislador se refere ao protesto judicial, na forma do art. 867

#342

do Código de Processo Civil, e não ao protesto comum de título cambial, disciplinado pelo Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Tal solução, de início duvidosa na jurisprudência 4111, parecia consolidar-se com o tempo⁴¹, para não admitir mais dúvida,

quando, em acórdão subsequente, foi contestada em julgado unânime da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, em decisão relatada por Nelson Hungria, de 11 de maio de 1953, proclamou o Excelso Pretório:

"... o protesto cambial do título equivale a protesto judicial e é interruptivo da prescrição quinquenal" (RT, 256/616).

Esse problema foi superado, pois o Código de 2001, em seu art. 202, arrolou, entre as hipóteses em que a prescrição se interrompe, o protesto cambial.

c) Da mesma forma, interrompe o lapso prescricional a apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (CC, art. 202, IV). Aqui também se revela a solécia do credor, interessado em defender sua prerrogativa.

Trata-se da exibição de documento em inventário do devedor, ou em concurso promovido contra o mesmo, ou seja, de um ato que visa receber a importância devida.

d) O curso da prescrição ainda se interrompe por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (CC, art. 202, V).

#343

Ainda aqui se encontra um preceito pouco expressivo que talvez não merecesse, por supérfluo, figurar na lei. Esta é a opinião de Carpenter:

'... como quer que seja, o fato é que a constituição em mora só se verifica por um dos três meios: de pleno direito pela velha máxima *dies interpellat pro homine*, ou por interpelação judicial, ou por interpelação extrajudicial. O primeiro e o terceiro são excluídos pelo art. 172, n. IV, do Código, do número das causas interruptivas; só resta como causa interruptiva da prescrição o terceiro meio, que está incluído no art. 172, II. 1111483.

e) Finalmente, interrompe a prescrição qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe o reconhecimento do direito pelo devedor (CC, art. 202, VI).

Aqui se prescinde de um comportamento ativo do credor, o qual se torna desnecessário dado o procedimento do devedor. Se este reconhece, inequivocamente, sua obrigação, seria estranho que o credor se apressasse em procurar tornar ainda mais veemente tal reconhecimento.

Assim, por exemplo, a hipótese se configura quando o devedor faz pagamento por conta da dívida, solicita ampliação do prazo, paga juros vencidos, outorga novas garantias etc.

#344

176. Quem alega e a quem alcança a interrupção da prescrição -

Nos quatro primeiros casos mencionados no art. 202 do Código

Civil, a prescrição pode ser interrompida pelo titular do direito em vias de prescrição, ou por quem quer que legalmente o represente.

Pode, todavia, ocorrer que a prescrição venha a prejudicar terceiro, não participante da relação jurídica, como, por exemplo, o credor do titular de um direito. Se a prescrição ameaça diminuir de tal modo o patrimônio do titular do direito prescribendo, que possa este encontrar dificuldade para saldar seus débitos, seus credores têm interesse em evitar que a prescrição contra ele se consume, e por isso a lei lhes confere o direito de interrompê-la¹⁷⁷. Em regra, os efeitos da prescrição são pessoais, de modo que a interrupção da prescrição efetuada por um credor não aproveita aos outros, da mesma maneira que, promovida contra um devedor, não prejudica os demais`.

Tal regra, entretanto, admite várias exceções.

a) Se os credores são solidários, existem várias relações jurídicas enfeixadas pela solidariedade, a qual engloba todas numa só. Há mesmo quem entenda que na solidariedade ativa os credores funcionam como mandantes recíprocos uns dos outros.

De modo que, aviventando o direito de um, pela interrupção da prescrição, todos se beneficiam.

Da mesma forma na solidariedade passiva. A interrupção da prescrição prejudica todos, inclusive os herdeiros, porque se trata de uma relação jurídica que a convenção, ou a lei, unificou.

b) Como a solidariedade advém da lei, ou do contrato, e não da natureza da obrigação, ela não vincula os herdeiros do devedor solidário (CC, art. 270). Por conseguinte, a interrupção procedida contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, a menos que se trate de direitos indivisíveis.

A ressalva final é devida ao fato de que, se a obrigação for indivisível, ela, por sua natureza, pode ser exigida por inteiro de cada um

#345

dos devedores; portanto, interrompendo-se o lapso prescricional contra um, é lógico que afete todos.

c) Finalmente, como a fiança é acessória da obrigação, segue-lhe o destino. Se esta se reaviva com a interrupção da prescrição, aquela igualmente sobrevive. Todavia, a interrupção operada contra o fiador não prejudica o devedor principal, porque não é o acessório que arrasta consigo o principal.

177. A prescrição e a Fazenda Pública

O Poder Público, pelo Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, criou para si um regime de exceção, tornando mais ampla a incidência da prescrição nos negócios em que fosse devedor, quer pela abreviatura do seu prazo, quer por limitações trazidas ao direito de seus credores, no que se refere à interrupção dos prazos prescricionais.

O fundamento da lei, para aqueles que a crêem justa, é o mesmo da prescrição em geral: consolidar situações que já se alongaram demais no tempo; evitar que se reabram casos que já se amorteceram por um lustro; simplificar os trabalhos do Poder Público.

A principal disposição da lei foi limitar ao máximo de cinco anos o lapso prescricional das dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, circunscrevendo, igualmente, a esse prazo o exercício das ações em que essas pessoas jurídicas de direito público interno forem rés.

Mas, se bem que na expressão dívidas passivas já se incluíssem todas as espécies de obrigações, o legislador, no art. 2º do Decreto n. 20.910/32, especifica e sujeita, também, à prescrição quinquenal: a) todo direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar; b) quaisquer diferenças entre salários vencidos e pagos; c) quaisquer restituições.

O art. 3º do mesmo Decreto prescreve que, quando o pagamento se proceder periodicamente, quer por dias, meses ou anos, a prescrição vai atingindo progressivamente as prestações não reclamadas, à medida que os prazos prescricionais as alcancem.

Assim, por exemplo, se um funcionário, depois de seis anos do nascimento de um filho, requer o abono de família a que tem direito, só recebe os atrasados pelo período correspondente aos últimos cinco anos, pois as prestações vencidas no primeiro ano já prescreveram.

#346

A segunda restrição trazida pelo Decreto n. 20.910/32 concerne à interrupção da prescrição. Limitou-se o direito do credor, que não pode, senão uma vez, interromper a prescrição; e, ainda, interrompida a prescrição, ela reenceta o seu curso pela metade do prazo, apenas. Assim, por exemplo, alguém que tenha ação de cobrança contra o Estado deve ajuizá-la nos primeiros cinco anos; se o não fizer, pode interromper a prescrição, mas só pode fazê-lo uma vez, e o novo prazo, em vez de correr por mais um lustro, corre apenas por dois anos e meio.

Esta última solução foi reafirmada pelo Decreto-lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942, que trouxe, ainda, outras inovações em matéria de prescrição em relação às pessoas jurídicas de direito público, e que são as seguintes:

- a) incluiu na abrangência do Decreto n. 20.910 / 32 as autarquias e entidades paraestatais (art. 2º);
- b) impôs que a prescrição se consumasse mesmo no curso da lide, "sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio" (art. Y).

É, sem dúvida, também neste ponto, amplo o benefício da Fazenda, porque não precisa ela, ante a inércia de seu contendor, sequer pleitear a absolvição da instância; e contra ela prescreve a ação, ainda no curso da lide.

O prazo prescricional se suspende enquanto o Estado estuda o problema relativo à dívida em cobrança, a final considerada

líquida. E a suspensão tem por termo inicial o recebimento, pelo protocolo, do requerimento do interessado. Contudo, se a demora não é do Estado, mas do requerente no prestar informações pedidas, não se suspende o curso da prescrição. Assim, por exemplo, se alguém interpõe reclamação contra o Estado ou pleiteia devolução do excesso de imposto pago, e a repartição solicita informações do requerente, que este leva dois anos e meio para prestar, a prescrição se consuma. Finalmente, a lei fixou em um ano, se não se houver fixado outro menor, a contar do ato ou fato do qual a norma se originar, o prazo para interpor a reclamação administrativa.

178. Prazos de prescrição

No Capítulo IV do Título IV, em dois artigos, cuida o Código Civil dos prazos de prescrição.

#347

No primeiro deles, art. 205, encontra-se a regra geral segundo a qual a prescrição ocorre em dez anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. De modo que dez anos é o prazo máximo da prescrição. Isso representa uma evolução, pois no Código de 1916 esse prazo máximo era de trinta anos, que, de resto, foi reduzido para vinte, pela Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955. Tal princípio se aplica a todos os casos de prescrição para os quais o Código Civil não previu outro prazo, de modo que, ou a lei impõe um lapso menor para a prescrição, ou então a ação prescreve dentro do intervalo mencionado pelo art. 205.

A primeira questão a ser proposta é a de saber se todas as ações são prescritíveis, ou se haverá aquelas que não prescrevem nunca. A primeira idéia parece defluir do texto, e não são poucos os que, com fundamento nela, a sustentam. Entretanto, a outra é que acredito verdadeira, pois muitas prerrogativas são amparadas, a meu ver, por um remédio judicial imprescritível.

Assim, as ações declaratórias e as ações constitutivas que não têm prazo de exercício fixado na lei⁹⁰. Aliás, poucos são os escritores que contestam, por exemplo, a imprescritibilidade das ações de nulidade absoluta, ou das declaratórias de estado.

De maneira que a regra do art. 202 deve ser entendida dentro de certas limitações, dela excluindo-se as ações que não estão sujeitas à prescrição.

No art. 206, o legislador contempla diferentes ações e fixa-lhes um prazo diverso de prescrição, a começar pelo de um até o de cinco anos, atribuído a numerosas ações.

Parece-me desnecessário analisar cada uma das hipóteses aí disciplinadas, pois a maioria dos casos será objeto de exame, na Parte Especial, quando se discutirem os direitos por essas ações garantidos.

O Código de 2002 abriu um capítulo sobre a decadência (arts. 207 a 211). As disposições mais importantes são as que determinam a ineficácia da renúncia à decadência e a que determina conhecê-la de ofício o juiz, quando estabelecido em lei.